



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

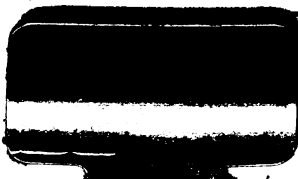
We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>





THEEK GENT



10







Ausführliche Erläuterung

der

# P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte  
an der Friedrich, Alexanders Universität in Erlangen,  
Ritter des Civil, Verdienst, Ordens der bayer. Krone.

---

Drey und dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

---

E r l a n g e n

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 9.





---

Fortsetzung des Titels

**De rebus eorum, qui sub tutela vel  
cura sunt, sine decreto non alie-  
nandis vel supponendis.**

---

§. 1382.

Deutiges Recht. Umfassende Bedeutung von Alienation. Fälle, wo  
sie ohne Decret geschehen kann.

Da bey Verküffung der Güter der Pflegbefohlenen  
noch jetzt das Römische Recht entscheidet <sup>1)</sup>); so ist es  
nöthig, aus der geschichtlichen Darstellung dieser Lehre das  
noch jetzt geltende Recht hervorzuheben. Es läßt sich das  
selbe in folgende Hauptsätze zusammenfassen.

I. Unbewegliche Güter solcher Personen, welche unter  
der Vormundschaft stehen, sie seyen Pupillen, oder Min-  
derjährige, (adulti) oder andere nicht minderjährige Eu-  
randen, wie furiosi, prodigi, und dergleichen, dürfen  
weder für sich, sie seyen von welcher Art sie wollen, prae-  
dia urbana oder rustica, noch deren Zubehörungen <sup>2)</sup>,

1) S. Mittermaier's Grundf. des gemeinen deutschen Pri-  
vatrechts. S. 374. (der 3. Ausgabe.)

2) Der Kaiser Constantin braucht in seiner Constitution  
L. 29. C. de administr. tat. vel curat. die Ausdrücke  
Stücks Erläut. d. Pand. 33. Th. U

so wie denselben gleichgeachtete iura praediorum<sup>3)</sup>, von den Vormündern und Curatoren eigenmächtig, und wenn

praedia et mancipia rustica, urbana praedia et mancipia. Daß mancipia hier Zubehörungen der praediorum sind, hat an sich keinen Zweifel. Allein was sind das für Zubehörungen? Ger. Noodr in Comm. ad Dig. h. t. §. At non tantum pag. 585. sagt: *Mancipia rustica erant instrumenta, sine quibus praedia rustica non satis commode poterant exerceri.* Also was man Guts-Inventarium nennt. S. dagegen Dabelow im Handbuche des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 574. versteht unter mancipium Sklaven und Zugvieh, welche zu dem praedio rustico gehörten. Allein Zugvieh heißt nie mancipium, sondern iumentum. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. h. v. pag. 674. edit. Heinecc. Beyde, Sklaven und Zugvieh, gehörte nun zwar allerdings zum instrumentum fundi rustici. S. VARRO de Re Rust. Lib. I. cap. 17. L. 8. pr. L. 19. pr. D. de instructo vel instrum. legato. (XXXIII. 7.) allein nie wird das instrumentum fundi rustici selbst mancipium genannt. Unter mancipia rustica, mancipia urbana werden vielmehr die Sklaven verstanden, welche zu einem praedium rusticum oder urbanum gehörten. PAULUS Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. §. 43. et 44. L. 18. §. 9. D. de instr. vel instrum. leg. L. 12. D. de supellect. legata. (XXXIII. 10.) BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Mancipium n. 3. Diese mancipia wurden, so wie die praedia selbst, zu denen sie gehörten, zu den unbeweglichen Sachen gezählt. L. 6. §. 1. C. de secund. nupt. (V. 9.) JULIANUS nennt sie daher in seiner Epit. Novv. veluti membra rerum immobilium. S. Jac. COJACII Exposit. Novellar. ad Nov. VII. Von den mancipiis praediorum tam urbanorum, quam rusticorum hat sehr ausführlich gehandelt CAR. FERD. SCHMID in Diss. de instrumento fundi. (Pfeberg's 1806. 4.) §. VI. et VII.

3) S. den 32. Th. §. 1381. b. S. 470. f.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 5

nach der Vater selbst Vormund wäre 4), eben so wenig veräußert werden, als bewegliche Sachen von Werth, welche aufbewahrt werden können. Solche Gegenstände dürfen anders nicht alienirt werden, als wenn es a) die Nothwendigkeit erfordert, und b) die competente Obrigkeit, mittelst eines *causa cognita* ertheilten Decrets, die Veräußerung genehmiget hat 5).

II. Ein obrigkeitliches Decret ist bey allen Arten von Veräußerungen nöthig, wodurch ein dem Pflegbefohlenen zuständiges dingliches vollkommen erworbenes Recht aufgegeben werden soll 6), es werde nun entweder das Eigen-

4) L. 6. §. 2. D. h. t. ULPIAN. lib. II. de omnibus Tribunalibus. Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: prout tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri. — L. 3. C. de praed. et aliis rebus minor. (V. 71.) Imp. VALERIAN. et GALLIENUS AA. Theodosiano et aliis. Cum emancipatis vobis praedium adquisitum foret, alienari a patre, eodemque curatore, sine Praesidis auctoritate non potuit: maxime si tanquam saum esset, non tanquam pupillare venderit. Itaque illibata vobis persecutio eius, manet. PP. III. Non. Jan. Fuscus et Bassus Cons. 259.

5) L. 22. C. de admin. tut. vel curat. In der Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. heißt es: die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren.

6) G. BRISSONIUS voc. Alienatio. Vogt-Comp. ad Pand. h. t. §. 3. Jo. GORDANI Comment. ad tit. Dig. de Verb. Signif. L. 28. pr. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. I. §. 133. (edit. sec. Halae 1827.) und von

thum einer Sache auf einen Andern übertragen, welches Verküfferung (alienatio) im engeren Sinne genannt wird<sup>7)</sup>, sey es auch nur ein prätorisches Eigenthum<sup>8)</sup>,

Wening-Jungenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.  
1. Th. 2. Buch. S. 119. (der 3. Aufl.)

7) L. 1. C. de fundo dot. (V. 23.)

8) L. 8. §. 2. D. de alienat. indic. mut. causa facta. (IV. 7.)

ALIENARE intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit. In dieser Beziehung sagt ULPIANUS L. 5. §. 2. D. h. t. (libro XXXV. ad Edictum.) Si pupillos alienum fundam bona fide emtam possideat, dicendam puto, nec hunc alienare tutores posse: ea enim, qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet. Die letztern Worte haben den Auslegern viel Schwierigkeit verursacht. Viele wollen die florentinische Lesart für fehlerhaft halten, und haben sie mit mehr oder weniger Gewalt zu emendiren gesucht. An der Spitze der violenten Critiker steht Ant. FABR in Jurispr. Papinian. Sciont. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 86. pag. 911. Dieser liest: etenim quasi pupillaris vere distractus est, und trennt nun die folgenden Worte: venditio valet, welche er für den Anfang des nächstfolgenden §. hält. Weil nun die Worte: an vendere tutores possint, zu dieser Emendation nicht passen, so streicht er sie weg. Heißt das nicht Sengen und Brennen? Etwas gemäßigter ist die Critik derer, welche venditio non valet lesen, wie Sieg. Reich. JAUCHENS in Meditation. critt. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. XVI. §. 14. pag. 255. und Herm. CANNegiER Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 16. pag. 203. So lesen auch wirklich mehrere Ausgaben, z. B. die des HALANDERS, BAUDOZA, und ROBERT STEPHANUS. Diese Lesart hat auch die Glosse bemerkt. Jac. VOORDA Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 6. pag. 262. glaubt, das Wort valet habe hier nicht die gewöhnliche Bedeutung, sondern heiße so viel, als spectat oder pertinet. Dieser



De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 7

oder auf den Vätern ein dingliches Recht bestellt<sup>2)</sup>, oder

Bedeutung gemäß emendirt er nun so: *Ea enim ista, quo si pupillaris vero (i. e. vero) distractus est, venditio valet, i. e. spectat.* Der Sinn sey also: Es laufe auf Eins hinaus, der fundus sey wirkliches Eigenthum des Pupillen, oder ein fundus alienus, den der Pupill. bona fide gekauft hat, und vielleicht bald usucapirt haben würde. Denn indem derselbe durch den Verkauf den fundus zu besitzen aufhört, sey es ja auch so gut, wie der Verkauf in jenem ersten Falle, eine Alienation. Die bescheidendste Erklärung ist die des *Herm. NOORDHORN* *Observation. Decad. (Amstelredami, 1731. 8) Cap. 5. pag. 118.* Dieser setzt bloß nach den Worten *venditio valet* ein Fragezeichen?, und glaubt damit alle Schwierigkeit beseitiget zu haben. Die meisten sind der Interpretation der Griechen gefolgt, und haben die Worte entweder ohne alle Aenderung erklärt, oder sie haben etwa ein, oder ein Paar Worte aus der Erklärung der Griechen eingeschaltet, oder verstreut. In den *Basiliens. Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 6. Tom. V. FABROTII pag. 125.* lauten nämlich die Worte so: *Et de πράγμα του επιτρόπου ως δωρατικόν εκποιηθή, εἴρωται. i. e. Sed si res tutoris quasi pupillaris alienatur, valet.* Und der griechische Scholiast pag. 146. *Sch. u. A.* sagt: *Μήτε ἀλλότριος ἀγρός, ἢ πιστευκτῶν εἴρωται ὁ ἀγρός, εκποιηθῆ, . . . εἰ μὴ τοῦ ἐπιτρόπου εἴστιν. i. e. Ne alienus quidam fundus, quem pupillus bona fide possidet, alienari potest, nisi tu-ventis fuerit.* Nach dieser Erklärung sey also der Sinn der streitigen Worte: Die Veräußerung sey hingegen gültig, wenn der Vormund ein Grundstück, welches er errig für ein Eigenthum des Mündels gehalten, ihm aber selbst gehörte, veräußert hätte. So erklärt diese Stelle ohne alle Emendation *PÜRSMANN* *Interpretat. et Observat. Cap. VII. §. 4. pag. 53.* Eben so *Abrah. WIELING*, nur daß dieser das Wort *vero* verstreut, und *ea enim vero* i. e. e contra-rio ist. *Idem. Jansenius ad Rom. juris Pand. et Cod.*

also solches ausgegeben \*) , nicht berechnete \*\*), aber ein  
 \*) Strictor. pag. (184.) (Lugd. Batavor. 1764. 4.) hinge-  
 \*) gen schaltet das Wort *tutoris* ein, und liest statt *ea enim*,  
 \*) *ea vero* auf folgende Art: *Ea vero, qua fundus tuto-*  
 \*) *ris, quasi pupillaris, distractus est, venditio valet.*  
 \*) Nicht viel verschieden ist Jo. Bern. Köhler's Interpretation.  
 \*) et Emendat. iuris Rom. Lib. II. (Lips. 1792. 8.)  
 \*) Cap. h. pag. 6. welches nur dem Wort *tutoris* einen an-  
 \*) dern Platz anweist. Er liest nämlich: *Ea enim, qua quasi*  
 \*) *pupillaris, tutoris vero (fundus puta) distractus est,*  
 \*) *venditio valet.* Alle diese Rechtsgelehrten verstehen also  
 \*) unter dem *fundus quasi pupillaris*, einen solchen *fundus*,  
 \*) *qui alienus est, et falso pupillaris esse creditur.* Die-  
 \*) ser Erklärung scheinen auch Jo. Guil. Hoffmann's Obser-  
 \*) vation. var. s. Melétemat. ad Pand. Dias. XXIV. §. 5.  
 \*) und Jo. Gottfr. Samsen's Receptar. Lection. ad Jau-  
 \*) obianam libr. sing. Cap. XIV. (Opus. pag. 151. sq.) zu  
 \*) halten, nur daß letzterer das *verbo* mit TAVALLIUS in  
 \*) Adnotat. ad pag. 687. vom *verbo* versteht, es könne  
 \*) aber auch so viel, als *vero* heißen. Diese Erklärung ver-  
 \*) dient auch wohl den Vorzug, und kann, ausser der Aucto-  
 \*) rität der Griechen, die sie für sich hat, auch noch durch  
 \*) eine andere Stelle aus Ulpian's *libro XVI. ad Edictum*  
 \*) unterstützt werden, wo sich Ulpian auf eine ähnliche Art  
 \*) ausdrückt. Es ist die *L. 10. §. 1. D. de curatorib. furios.*  
 \*) welche folgendermassen lautet. *Curator furiosi rem qui-*  
 \*) *dem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium*  
 \*) *transferre, rem vero furiosi si quasi suam tradat, di-*  
 \*) *coendum, ut non transferat dominium, quia non fu-*  
 \*) *rioso negotium gerens tradidit.* Von allem bisherigen  
 \*) abweichend ist die Erklärung des POTHIER in Pand. Ju-  
 \*) stin. Tom. II. h. t. Art. I. Nr. III. Not. e. pag. 161.  
 \*) welche nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf.  
 \*) Er hält zwar auch die Lesart: *non valet*, für eine not-  
 \*) wendige Emendation, schlägt aber doch noch eine andere  
 \*) ohne Emendation vor, nämlich wenn man die Worte *quasi*

bereits ererbener Pupill. ausgeschloßen<sup>10)</sup>. Goldens  
nach sind die hierher gehörigen Alienationsfälle, welche ein  
Decret erfordern, folgende: Verkauf, Tausch, Transact<sup>11)</sup>,  
Gebung an Zahlungsstatt<sup>12)</sup>, Bestellung eines Heyraths-  
guts, wenn deswegen eine Veräußerung nöthig wird<sup>13)</sup>,

*pupillaris* so versteht, decreto interposito legitime dis-  
tractus est. Allein dieses würde sich ja wohl von selbst  
verstanden haben.

9) *L. ult. C. de rebus alien. non alienand.* (IV. 51.)

10) *L. 6. D. de fundo dot. L. 3. §. 4. et 5. D. h. t. L. 7.  
L. 13. C. de praed. et aliis reb. minor.*

11) *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.* sagt zwar Paulus:  
ALIENATIONIS verbum etiam usucapionem continet: vix  
est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usu-  
capi. Allein von einem obrigkeitlichen Decrete  
kann hier wohl keine Rede seyn.

12) *L. 5. §. 8. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edi-  
ctum.* Fundum autem legatum repudiare pupillus sine  
Praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc  
alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. Mit  
der Repudiation einer Erbschaft, welche erst durch die An-  
tretung erworben werden muß, verhält es sich anders.  
Diese ist keine Alienation. *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.*  
Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur  
alienare, veluti qui hereditatem omittit. C. Voss  
Comm. h. t. §. 3. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts.  
1. B. §. 522. Not. d. und Geigers und Müllers Rechts-  
fälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLIII. §. 11. C. 216. ff.

13) *L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) C. Jo.  
Jac. WISSENBACH Comment. in Cod. ad h. L. pag. 499.

14) *L. 15. C. eodem.*

15) *L. 22. C. de administrat. tutor. vel curat. L. 61. §. 1.  
D. de iur. dot.* Anders, wenn die Sachen der Pflegs-

Bestellung einer *Donatio propter nuptias* <sup>16)</sup>, Cession der Forderungen des Pfllegssohnen <sup>17)</sup>, Verpfändung <sup>18)</sup>, auch wenn sich bey der Erwerbung einer Sache der Verkäufer bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes eine Hypothek darauf vorbehalten hätte <sup>19)</sup>, wosfern sie nicht schon die Gesetze selbst geben, wie z. B. in dem Falle, wenn einem Pupillen mit dem Gelde eines andern Pupillen ein Grundstück gekauft worden ist <sup>20)</sup>. Ent-

sohnen selbst zum Nehrathsgute gegeben werden. L. 30. C. de iure dot. (V. 12.) S. VONT S. 1.

16) L. 16. et L. 23. Cod. cit. Verb. vel in donationem propter nuptias. L. 8. C. de praed. et aliis reb. minor. Sonst findet keine Verschankung Statt, L. 3. C. Si major factus (V. 74.) Vergleiche jedoch den 30. Th. des Commentars §. 1333. S. 227. ff.

17) S. *Fratr. BROMANNORUM* Consil. et Decision. Tom. I. Cons. XXXVI. Qu. IV. nr. 17—19. pag. 406—412. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 442. f. (der 2. Aufl. Greifswald 1826. 8.) Ob Staatspapiere eine Ausnahme machen? Die bejahende Meinung hat die Auctorität eines Mittermaier's in den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 373. S. 689. (der 3. Ausgabe) für sich. Sollte sich aber der Grund, weil Staatspapiere in Bezug auf vormundschaftliche Verwaltung wie Mobilien behandelt werden, wohl mit der Vorschrift der L. 22. C. de administr. tut. vel curat. vereinigen lassen?

18) L. 1. §. 2. L. 5. §. 10. L. 7. §. 5. L. 8. §. 2. D. h. t. L. 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. ult. C. de reb. alien. non alienand. L. 22. C. de administr. tut. vel curat.

19) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 2. eod. S. NoONT Comm. h. t. §. At non. und den 16. Th. dieses Commentars. §. 1000. Not. 59. S. 234.

20) L. 3. pr. D. h. t. S. den 19. Th. §. 1087. b. S. 48—52.

fügung einer dem Pflegbefohlenen gemachten, und von ihm bereits acceptirten Schenkung <sup>21)</sup>, Ausschlagung eines Vermächtnisses <sup>22)</sup>, Belastung eines Grundstücks mit Servituten, oder Erlassung derselben, insofern sie dem Pflegbefohlenen auf fremden Sachen zustehen <sup>23)</sup>, Auszahlung eines Vermächtnisses, wenn dem Pupillen vom Testator, der ihn zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtniß bedacht hat, ist auferlegt worden, eine ihm gehörige Sache einem Andern abzugeben <sup>24)</sup>, und Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Auch diese darf nach einer Verordnung des Kaisers Justinian an den Praefectus praetorio Johannes <sup>25)</sup> dem Vormunde anders nicht geschehen, als wenn eine richterliche Entscheidung, wodurch jedoch dem Pflegbefohlenen keine Kosten verursacht werden dürfen, es ihm erlaubt hat; weil sonst der Schuldner nicht

21) *L. 7. C. de praediis et aliis reb. minor. Impm. CARUS, CARINUS, et NUMERIANUS.* Si ad resolvendam donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti quinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti auctoritatem data sit, non oberit iuri tuo.

22) *L. 5. §. 8. D. h. t. C. not. 11. und. Bav. VOORDA* Thes. contro. Dec. XXVIII. §. 1. in fin.

23) *L. 3. §. 5. in fin. D. h. t. L. 5. D. de fundo dot. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

24) *L. 5. §. 4. D. h. t. ULP. Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Sojo a pupillo herede institute, an tutores restituere debent fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putam, si quidem rem suam legavit, cessare orationem: sin. vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse orationi, nec inconsulto Praetore posse alienari.*

25) *L. 25. C. de administr. tutor. et curator.*

befreyet wird, wenn der Empfänger das Geld verschleudert, oder durch Diebstahl verloren hat <sup>26</sup>). Bey Renten, Mieth- und Pachtgefällen, wie auch Zinsen ist zwar ein solches Decret nicht erforderlich, sie müssen nur aber nicht von länger als zwey Jahren rückständig seyn, und dabey nicht über hundert solidos betragen <sup>27</sup>).

26) §. 2. *J. Quibus alienare licet, vel non.* (II. 8.) Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in Constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione *Tribuniani*, viri eminentissimi, Quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et iudex pronuncia- verit, et debitor solverit, sequatur huiusmodi solutio- nem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam dis- posuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem pecuniae summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consum- serit, aut furto amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur: quia te- mere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Man vergleiche Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim- und Civil- rechte. 1. B. (Göttingen 1791. 8.) Nr. XVIII. S. 133 — 138.

27) *L. 27. C. de administr. tut. vel curator.* Constitutio- nem, quam nuper facimus, disponentes — etiam in usu- ras extendimus: quae, tamen non summam, neque ex multis annis collectas iam debentur, biennales metas, et centum solidorum quantitatem minime excedentes. In den *Basilicis* Tom. V. pag. 137. Const. XL. heißt es: Η διάταξις μελένει κατὰ μίμησιν τῶν προσόδων καὶ τῶν ἐνοικίων, ὅπως καὶ τοὺς τόκους καταβή-

III. Sachen, welche abgemugt, oder dem Erbstatte ausgelegt sind, besonders Früchte, und das überflüssige Vieh kann der Vormund ohne Decret veräußern.

IV. Das Veräußerungsverbot geht nur auf solche Veräußerungen, die von dem Willen des Vormundes abhängen, nicht auf solche, welche er nicht verhindern kann, sondern geschehen lassen muß.

V. Das Verbot hört also auf, 1) wenn Urtheil und Recht die Veräußerung befiehlt. Dabin gehört, wenn die Obrigkeit eine Auspfindung, oder eine missio in possessionem rerum pupillarum verfügt; oder wenn der Vormund einen fundus pupillaris vindicirt, und weil der Besizer dem richterlichen Urtheil zu Folge, den fundus nicht restituirt, die angebotene litis aestimatio eine

ἡσθαι χωρὶς ἀποφάσεως τοῦ ἀρχόντος· εἰ μὴτε ἐκ πλείονων τῶν ὄβο ἐνάστων χρεωσθῆναι; μὴδὲ ἐπερβαίνουσι τὰ ἑκατὸν νομισματα: in: *Constitutio iubet exempla redduntur et perstantum usuras solvi, sine decreto iudicis, nisi bionnum et supra aureos centum debeantur.*

28) *L. ult. C. Quando decreto opus non sit. (V. 72.) L. 28. in fin. C. de admin. tut. vel curat.* Hisque adiciamus, nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes, tutoribus et omnibus curatoribus licere fructus, sive qui ex redditibus prædiorum colliguntur, sive qui ex substantia personarum, quarum gubernationem habent, inventi fuerint, id est, vinum et oleum et frumentum, vel cuiuscunque speciei sunt, sine decreto distrahere iusto pretio, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis nascitur obtinere: et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliamque personarum substantia administrantur.



Veräußerung nothwendig macht; oder wenn ein fundus pupillaris von einem Dritten in Anspruch genommen, und weil gegen den Pupillen erkannt worden, der Vormund nun den fundus restituiren muß. Diese Fälle berührt Ulpian L. 7. §. 1. 2. et 3. D. h. t.

§. 1. Fignori tamen capi iussu Magistratus, vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest: Sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a Praetore quis potest, et ius pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti<sup>29)</sup>, et ut procedat<sup>30)</sup>,

29) In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 1. Tom. V. pag. 124 sq. heißt es: καὶ παραδῆναι, καὶ πέμψαι εἰς ῥομὴν ἀπὸ τῆς περὶ οἶκον ἐλπιζομένης ζημίας, καὶ τῆς περὶ πραγμάτων φυλακῆς, καὶ τῆς περὶ ληγάτων ἀσφαλείας. i. e. et mittere in possessionem ex causa damni infecti, et rei servandae et legatorum cautionis causa.

30) Der gelehrte Schollast in den *Basilicis* Tom. V. pag. 145. Sch. l. erklärt die Worte: et ut procedat so: καὶ ἐπὶ τῷ δεσπόσαι τὸν γείτονα τοῦ οἴκου ἢ τοῦ ἀγροῦ τοῦ κοντιλλοῦ, καλῶς εἰς δευτέραν ῥομὴν πέμπει αὐτὸν ὁ Πραιτωρ. i. e. et ut vicinus dominus fiat aedium, vel fundi pupillaris, recte eum in secundam possessionem mittet Praetor. Cusaccia Observation. Lib. VII. Cap. 23. hält daher die angeführten Worte für verkümmelt, Er liest nämlich: et ut dominium procedat, inheret etiam possidere poterit. An einem andern Orte Lib. XXI. Cap. 36. ändert er jedoch seine Meinung wieder. Er will daselbst lieber ut procedat usucario lesen, und führt zur Unterstützung dieser Lesart die L. 5. pr. L. 12. L. 18. §. 15. L. 44. §. 1. D. de damno infecto. (XXXIX. 2.) an, welche bloß von einer Usucapion sprechen. Praetor enim ut heredem, ita damnarum facere non potest, sed posses-

Derebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 15

iuberi etiam possideri poterit. Hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex

morem facit iura domini, ut usucapio procedat. L. 7. §. 1. D. de Usufructu. L. 15. §. 16. D. de damno inf. Henr. a Sovaan Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. VII. (in Thes. iuris Rom. Ottonian. Tom. IV. pag. 18 sq. verwirrft jedoch die Meinung des Eujacius gänzlich, und setzt ihr die L. 5. §. 1. D. Communi divid. L. 15. §. 17. D. de damno inf. und L. 1. pr. D. de fundo dot. entgegen. Er selbst hält gar keine Emendation für nöthig. Die Worte *et procedat*, bezieht er auf den Prätor, und erklärt sie so: Der Prätor kann im Wege des strengen Rechts eine *missio in possessionem* verfügen, er kann aber auch dem Minderjährigen auf sein Gesuch die Restitution ertheilen. L. 15. §. 22. D. de damno inf. Pet. DURANNA Conjectural. iuris civ. (Groening. 1714. 8.) Lib. II. Cap. 5. §. 4. pag. 130. versteht auch die Worte vom Prätor, und meint, das Wort Praetor sey auch in der Handschrift gestanden, aber mit Siglen geschrieben gewesen, nämlich so PR. wie nach Drago und Valerius Probus das Wort Praetor geschrieben wurde. Diese Siglae hätte der Abschreiber nicht verstanden, daher sey hier eine Lücke entstanden. Statt *procedat* aber will er *procedit* lesen, und das *et* in der Bedeutung von *sicut* nehmen. Die Worte, so restituirt: *et ut non procedit*, sollen also auf das amtliche Verfahren des Prätors hindeuten, und soviel heißen: und so wie der Prätor in solchen Fällen zu verfahren pflegt. Allein gehen die Worte wirklich auf den Prätor, so ist es nicht nöthig, das Wort auf eine so künstliche Art hinein zu emendiren, weil ja des Prätors in den vorhergehenden Worten ausdrücklich gedacht wird. PACHENSTACHEN Adversarior. Lib. I. cap. 9. will unter den Worten *et ut procedat*, das Wort *pignus* verstehen, von dem vorher die Rede war. Für diese Meinung ließen sich nun zwar die L. 3. und L. 5. C. *Ut in possess. legator.* (Vl. 55.) anführen; allein eben deswegen, weil schon

tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratum auctoritate.

§. 2. Item quaeri potest: si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat? Et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit<sup>31)</sup>,

vorher von der missio in possessionem rerum pupillaris die Rede war, und ausdrücklich gesagt wurde, *et ius pignoris contrahitur*; so würde ja durch diese Interpretation eine höchst unnütze Tautologie herbeigeführt werden. Ich halte also die Erklärung des griechischen Scholasten für die allein richtige, die auch nach Insantheit durch die *L. 1. D. de fundo dotali* (XXIII. 5.) *L. 5. §. 3. in fin. h. t.* und *L. 16. §. 16 et 17. D. de damna infecto* (XXXII. 2.) unterstützt werden kann. Eine Emendation scheint mir daher auch gar nicht nöthig zu seyn. Denn die Worte *et us procedat* gehen offenbar auf die *missio in possessionem*, von der vorher die Rede war, und wollen simply sagen, „und damit dieselbe ihre vollkommene Wirksamkeit erlange.“ Nun konnte doch nicht noch einmal von eben derselben *missio*, die Rede seyn, von der es ja schon vorher hieß, es werde dadurch ein *ius pignoris contrahitur*. Schon Accursius sahe daher, daß das *iubere possideri* von einer *possessione ex secundo decreto* zu verstehen sey, wodurch derjenige Eigenthümer wird, qui *possidere iubetur*. Eben dieser Meinung ist auch Ant. Faenza in *Jurispr. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. VII. Illat. 83. pag. 907.*

31) *BASICICA Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 2. Tom. V. pag. 125. Rē dē καταγωγῆς ὁ κτήτορας περὶ ὀφθαλμοῦ ἀγροῦ, ἡδὲν ἀποτέλεισθαι τῆς δίκης, ἔρωται ἢ ἐκβολῆς.* i. e. *Si tutor petierit fundum pupillarem, et acciperit aestimationem litis, alienatio valet.*

L. 3. §. 3. Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

2) Wenn der Vater des Mündels die Veräußerung in seinem Testamente oder Codicillen befohlen hätte<sup>32)</sup>, sollte auch das Testament des Vaters irritum geworden seyn<sup>33)</sup>.

L. ult. D. h. t. PAULUS libro IX. Responsorum. PAULUS respondit: etsi testamentum patris

Man vergleiche jedoch L. 68. D. de Rei vind. BACHOVIVS Advers. Anton. FABRUM Decad. XCVIII. Err. 9. nr. 4. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 3. §. 2. D. h. t. pag. 497. und den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 227. f.

32) Unter testamentum irritum wird hier jeder ohne Wiederruf des Erblassers ungültig gewordener letzter Wille verstanden. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Irritum. Ein solcher gilt doch noch immer als Wille des Vaters. S. Ant. FABRI Jurispr. Papia. Scient. Tit. XII. Prine. VII. II. lat. 90. pag. 917. VOET Comm. h. t. §. 12. Ger. NOODE ad Dig. h. t. §. Hactenus. pag. 586. und Franc. DUARENUS Comm. ad h. t. (Oper. pag. 311.)

33) L. 1. §. 2. D. h. t. Verb. NISI, UT ID FIERET, PARENTES TESTAMENTO VEL CODICILLIS CAVERINT. — L. 1. C. Quando decreto opus non est. (V. 79.) Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Valentinio. Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio, pretium reciperet: id quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas Praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant. Dat. VI. Kalend. Januar. ANTONINO et GETA CONS. 206.

Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th.

B

postea irritum esse apparuerit, tamen tutores pupilli sive curatores filii nihil contra orationem Divorum Principum fecisse videri, si *secundum voluntatem defuncti* testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Dritter, von dem der Pflegebefohlene die Sache erhielt, die Veräußerung derselben zur Pflicht und Bedingung gemacht hat, wie aus *L. 3. C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) erhellet.

Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Stratoniciano*. Praedium rusticum vel suburbanum a minore vigintiquinque annis alienari sine decreto Praesidis, nisi parentis voluntas, vel *testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit*, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nullâ ratione potest. Dat. XII. Kal. April. Nicomediae. AA. Cons.

Der Wille des Vaters muß nur aber bestimmt erklärt seyn, und darf nicht bloß daraus gefolgert werden, daß der Vater mit solchen Sachen, die er den Kindern hinterlassen hat, Handel zu treiben pflegte, wie uns Ulpian *L. 1. §. 3. D. h. t.* lehrt, wenn er sagt:

Si defunctus, dum viveret, res venales habuerit, testamento tamen non eaverit, ut distraherentur, abstinendum erit venditione: non enim utique, qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahendum putavit.

3) Wenn ein Dritter die Veräußerung zu fordern ein gegründetes Recht hat. Dahin gehört, a) wenn ein Pfandgläubiger sein Recht, welches ihm entweder noch von dem

**De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 19**

Väter des Mündels, oder von einem Dritten, dessen Nachfolger der Minderjährige geworden ist, oder von dem Mündel selbst, mit Genehmigung der Obrigkeit, gegeben worden ist, an der ihm verpfändeten Sache geltend macht. Hier auf gehen schon die letzten Worte der Oration des Kaisers Severus L. 1. §. 2. in fin. h. t.

*Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo.*

Besonders aber gehören hierher noch folgende Gesetze:

**L. 2. C. Si adversus venditionem pignoris,** (II, 29.) **Impp. Diocletian, et Maximian. AA. et CC. Severae et Clementinae,** Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem: quod iuris est, etiam si extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores, seu curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt, convenite. Dat. XIII. Kalend. Maii, Sirmii. CC. Cons: 294.

**L. 1. C. de praed. et aliis reb. minor.** **Imp. Antoninus A. Manutiano.** Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, ad Senatusconsultum, quod de non alienandis praediis pupillorum vel adolescentium, nisi auctore Praetore vel Praeside provinciae factum est, non pertinet: sed si etiamnum in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus competens iudex, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte, causa cognita dispiciet. PP. XIII. Kalend. Decembr. *Duobus Asperis (C. Julio II. et Caio Julio)* Cons. 212.

L. 7. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si pupillus dedit pignori res permissu Praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri? Sed dicendum est, *posse creditorem ius suum exsequi*: tutius tamen fecerit, si prius Praetorem adierit <sup>34)</sup>.

b) Wenn der Vater, oder ein Anderer, den der Pupill beerbt hat, einem Dritten schon bey seinem Leben eine Sache versprochen, oder verkauft, aber noch nicht tradirt hatte.

L. 5. §. 6. D. h. t. ULPIANUS eodem. Sed si pater stipulanti fundum sponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur, sine Praetoris auctoritate posse eum reddere. Idemque, et si iure hereditario alii successerit, qui erat obligatus.

§. 7. Eadem ratione et si parens fundum vendiderit, vel quis alius, cui pupillus successerit, potest dici, pupillum cetera venditionis (sc. traditionem) inconsulto Praetore posse perficere.

c) Wenn der Pupill, oder sein Vater, das Grundstück cum pacto de restituendo, z. B. cum pacto addictionis in diem, oder de retrovendendo erworben hat, oder das Grundstück dem iuri retractus unterworfen ist <sup>35)</sup>.

34) Ant. FABER in Jurispr. Papin. Scient. c. 1. Illat. 87, pag. 914. hält die Worte: *tutius tamen fecerit etc.*, für den Zusatz eines unwissenden Interpreten. Allein ohne hinreichenden Grund. Denn auch die *Basilica* Tom. V. pag. 128. lin. 1. haben: ἀσφαλέστερον δὲ ἐστὶ προσεῖλθεῖν με τῷ πραιτωρί. i. e. *Tutius tamen fecero, si adiero Praetorem*. Die Worte gehen ja nicht auf den Tutor, sondern auf den Creditor.

35) L. 2. C. de pactis inter emt. et venditor. compes.



d) Wenn eine gerichtliche Caution zu leisten ist.

L. 28. §. 3. C. de administr. tutor. vel curator. Imp. JUSTINIANUS A. Joanni PP. — Tutores vel curatores — licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare.

e) Wenn der Pfliegesehne von einem großjährigen Socius zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache aufgefordert wird. Dieser Fall ist schon selbst in der Oratio SEVERI<sup>36)</sup> ausdrücklich ausgenommen, in welcher es heißt:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet.

Jedoch gilt dieses nur, wenn das praedium pro indiviso commune ist, und der Socius maior auf die Aufhebung der communio dringt. Ist also das praedium nur pro diviso commune, oder es ist nicht von einer Theilung, sondern bloßen Verpfändung der gemeinschaftlichen Sache die Rede, so ist ein obrigkeitliches Decret nöthig, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 16. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Communia praedia accipere debemus, si

(IV. 54.) L. 1. C. Quando decret. opus non sit. C. VORR ad Pand. h. t. §. 12. CUIACIUS Recitation. solemn. in tit. 71. Libri V. Cod. Quando decreto opus non est. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 11. pag. 551. besonders aber Desselben Comment. in Cod. ad Tit. LXXII. Lib. V. Quando decreto opus non sit. pag. 502. Jo. a SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. I. §. 3. nr. 18. et 19. et §. 7. nr. 104. und Jo. Ortow. WESTENBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 23. Nr. VI.

36) L. 1. §. 2. D. h. t.

*pro indiviso* communia sint: ceterum si *pro diviso* communia sint, cessante oratione, decreto. locus erit <sup>37)</sup>).

*L. 8. §. ult. D. h. t. in dem libro II. de omnibus Tribunalibus.* An obligari communia possint? (sc. *pro parte minoris*) quaeritur. Sed non puto sine decreto obliganda: nam quod exceptit oratio, ad hoc tantum pertinet, *ut perimatur communio*, non ut augeatur difficultas communionis.

Sind beyde Socii noch unmiündig, so kann keiner auf die Theilung dringen. Ulpian sagt *L. 7. pr. D. h. t.*

Si pupillorum sint communia praedia, qui diversos tutores habent, videamus, an alienatio locum habere possit? Et cum provocatio necessaria sit, puto alienationem impediri: neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem expectant. Item, si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet.

Vorzüglich gehört noch hierher das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an Philippus.

*L. 17. C. de praediis et aliis reb. minor. (V. 71.)*  
Inter omnes minores nec commune praedium sine

37) In den *Basiliois* Tom. V. pag. 127. heißt es gerade umgekehrt: *Εάν μη διηρημένος, ἀλλ' ἐξ ἀδιαίρετου ἔχη ὁ ἀνεβος κοινὸν, χρεια τοῦ ἐγγράφου ψηφίσματος.*  
i. e. *Si non pro diviso, sed pro indiviso praedium commune pupillus habeat, decreto opus est.* Jo. Guil. Hoffmann *Observat. variae s. Melotem. ad Pandect. Dias. XXIV. §. 5.* hat durch eine Versehung der Worte zu helfen gesucht. Der Scholiast pag. 148. Sch. n. hat das Gesetz richtig ins Griechische übertragen.

Derebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 23

decreto Praesidis sententia Senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam *prosecante tantummodo maiore socio*, eius alienationem et sine decreto fieri iam pridem obtinuit. Dat. VII. Idus Decembr. CC. Cons.

VI. Soll eine dem Mündel verpfändete Sache, um zur Zahlung der darauf haftenden Schuld zu gelangen, veräußert, oder ein auf einer Sache des Mündels gültig constituirtes Pfandrecht einem andern Gläubiger überlassen werden, welcher mit seinem Gelde den ersten hypothekarischen Gläubiger abgefunden hat, oder solchen Grundstücke des Mündels, bloß verpachtet oder vermietet werden; so ist in keinem dieser Fälle ein obrigkeitliches Decret erforderlich. In dem ersten darum nicht, weil die zu veräußernde Sache eine fremde Sache ist, die nicht dem Mündel, sondern dem Schuldner gehört, im zweyten darum nicht, weil dem neuen Gläubiger kein neues Pfandrecht bestellet wird, sondern dieser in das Pfandrecht des ersten Gläubigers eintritt, in dem letztern Falle darum nicht, weil eine Verpachtung keine Veräußerung ist. Das Letzte bedarf keines weitem Beweises<sup>35)</sup>. Ueber die zwey ersten Fälle aber giebt es besondere Gesetze.

L. 5. §. 3. D. h. t. ULPIANUS. Lib. XXXV. ad Edictum. Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores possint? hunc enim quasi debitoris,

<sup>35)</sup> L. 59. D. Locati. Man vergleiche über Verpachtungen der Grundstücke des Mündels *Jo. a Sarraz Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. 1. §. 3. nr. 48.* Ges. Ferd. im Archiv für die civilist. Praxis von Geneslee, Wittermayer und Schweizer B. IV. H. 1. S. 1—5.

hoc est alienum vendunt<sup>39)</sup>. Si tamen impétraverat pupillus vel pater eius<sup>40)</sup>, ut iure domini possideat, consequens erit dicere, non posse distrahi, quasi praedium papillare<sup>41)</sup>. Idemque est, et si fuerit ex causa damni infecti iussus possidere<sup>42)</sup>.

L. 7. §. 6. D. h. t. ULPIANUS eodem. Item videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris<sup>43)</sup>, valere obligationem, ut ius prioris creditoris ad sequentem transeat.

39) Ulpian äußert hier nach einem bey ihm öfters vorkommenden, und schon mehrmals bemerkten Redebrauche, seine Meinung durch eine Frage ohne beygefügte Antwort. Sie ergibt sich aber aus dem beygefügten Entscheidungsgrunde von selbst. S. den 32. Th. §. 1374. S. 544. f. Not. 25.

40) Scil. a Principe. L. 5. C. de iure domini impetrando. (VIII. 34.)

41) Quasi praedium papillare erklärt der griechische Scholiast in den Basilic. Tom. V. pag. 147. Sch. y. ganz richtig so: επειδη πουπιλλάριον λοιπόν γέγονε τὸ πρᾶγμα; i. e. quia nunc res papillaris facta est. Eben so wird auch in den vorhergehenden Worten das quasi debitoris erklärt: επειδη τοῦ χρεώστου ἐστίν, quia debitoris est.

42) Der griechische Scholiast c. l. erklärt diese Stelle so: ὡς περ εἰ καὶ εἰς τὴν νομὴν τὴν δάμνι ἰνφλεκτὶ πεμφθεὶς ὁ πουπίλλος, ἐπέμφθη καὶ εἰς τὴν β'. νομὴν, ἐφ' ᾧ δευπόσαι τῆς οικείας τοῦ γείτονος· οὐδὲ γὰρ τάντην δύναται λοιπόν ὁ ἐπίτροπος ἐκποιεῖν. i. e. Idemque si pupillas in possessionem missus ex causa damni infecti, et ex hac causa secundo mittatur, ut dominus fiat aedium vicini: nam et eas vendere tutor postea non poterit.

43) Es dürfen also nicht höhere Zinsen stipulirt, und dadurch die Schuldenlast erschwert worden seyn.

Ein Anders ist, wenn ein Pfandrecht auf einer Sache des Pupillen constituirt werden soll, welche bisher noch nicht verpfändet war, und der Vormund das ihm vom Gläubiger dargeliehene Geld dazu verwendet hat, um einen andern Gläubiger damit abzufinden, der auf einer andern Sache des Mündels ein Pfandrecht hatte. Hier kann der Vormund dem neuen Gläubiger kein Pfandrecht ohne Genehmigung der Obrigkeit geben. Ist es dennoch geschehen, so ist die Verpfändung nach dem strengen Rechte ungültig. Denn hier ist eine andere Sache verpfändet worden, nicht dieselbe, auf welcher der abgefundene Gläubiger ein Pfandrecht hatte. Ist indessen die Sache des Minderjährigen dem Gläubiger zum Unterpfande tradirt worden; so kann derselbe wenigstens die Sache retiniren, und sich mit der *exceptio doli* schützen, wenn der Minderjährige die Sache aus dem Grunde, daß die Verpfändung nichtig sey, zurück fordert, weil es gegen Billigkeit und Nothigkeit streitet, dem Gläubiger das Geld nicht wieder zu bezahlen, womit eine andere Sache des Minderjährigen von dem darauf haftenden Pfandrechte freygemacht, und also derselbe bereichert worden ist. Diesen Fall trägt Ulpian in Verbindung mit dem vorigen *L. 7. §. 5. h. t.* vor:

*Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc, quum tutor acceptam mutuum pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor* 44).

#### §. 183.

Erfordernisse einer rechtsgültigen Alienation von Pupillengütern.

Soll nun die Veräußerung auf eine rechtsgültige Art geschehen; so wird dazu erfordert, 1) daß eine rechtmäßige

44) Man vergleiche über beyde Gesefstellen *POTHON Pandect.*

*Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. a. et b. pag. 163.*

Ursache vorhanden sey. Für eine solche ist aber nur diejenige zu halten, welche die Veräußerung nothwendig macht. Um aber von dem Daseyn derselben versichert zu seyn, muß 2) die Obrigkeit eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, welche zugleich sowohl auf die Beschaffenheit der zu veräußernden Sache, als auf die Art der Veräußerung selbst zu richten ist, wie §. 1385. lehren wird. Ist alles gehörig untersucht, so muß nun 3) noch ein ordentliches Veräußerungsdecret, und zwar von der competenten Obrigkeit, ertheilt werden. Dieses allein ist also nicht hinreichend; denn ohne vorhergegangene Untersuchung würde das Decret nichtig, und für erschlichen zu halten seyn, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Carus, Carinus, und Numerianus an den Caro erhellet.

*L. 6. C. de praediis et aliis reb. minor. Minorum possessionis venditio, per procuratorem delato ad Praetorem vel Praesidem provinciae libello, fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur. S. Non. Maii, CARO et CARINO AA. CONSS. 283.*

Auf diese Nothwendigkeit einer förmlichen Untersuchung und nicht gerade auf die angegebene Veräußerungs-Ursache ist auch wohl, nach der richtigern Erklärung und Interpretation, die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian zu beschränken, welche in der *L. 12. C. eodem* an den Leontius folgendermassen rescribiren:

Ob aes alienum, tantum causa cognita praesidali decreto praedium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. Dat. 11. Kalend. Maii Heracliae, CC. Conss.

Nach dieser Interpunction ist also das tantum nicht auf die vorhergehenden, sondern nachfolgenden Worte zu beziehen, wie Andr. Alciatus<sup>45)</sup>, Franz Duarenus<sup>46)</sup>, Elb. Leoninus<sup>47)</sup>, Ludw. Ruffardus<sup>47)</sup>, und auch Joh. Voet<sup>48)</sup> dieses Rescript verstanden haben. Diese Erklärung wird auch durch die Griechen unterstützt. Denn in den Basiliken<sup>49)</sup> heißt es: Διὰ χρέος ἐπιχειμνον, δυνατόν πικρόσκέσθαι ὀφθαλμικὸν πρᾶγμα, μετὰ ἀποφάσεως δηλονότι. i. e. *Oburgens aēs alienum, vendi res pupillarīs omnino potest cum decreto.* Und dieses erklärt der griechische Scholiast<sup>50)</sup> folgendermaßen: Μὴ εἶπης διὰ χρέος πόνον καὶ γὰρ κἄν μὴ διὰ χρέος, ἀλλὰ τυχόν ὅτι οὐκ εἶχεν ἀλλαχόθεν ἀποτραφῆναι, καλῶς ἢ πρᾶσις γίνεται. i. e. *Ne dixeris, ob aēs alienum tantum: nam et si non ob aēs alienum, sed forte ob victus rationem, qui aliunde parari non possit, recte fit venditio.*

## §. 1384.

## Rechtmäßige Ursachen der Veräußerung.

Es muß also 1) eine rechtmäßige Veräußerungs-Ursache vorhanden seyn, das heißt eine solche, welche eine Nothwendigkeit der Veräußerung herbeiführt. Für eine solche erkennen die Gesetze vorzüglich dringende nicht

45) Dispunction. Lib. IV. Cap. 5.

\*) Comm. in Tit. 34. Lib. II. Cod. Si adv. dotem. (Opp. pag. 103.)

46) Emendation. Lib. III. Cap. 3. nr. 6. et 7.

47) In edit. sua Cqd. ad h. L. not. h.

48) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6. et 8.

49) Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 53. Tom. V. Falcron pag. 141.

50) Loc. cit. Schol. s. pag. 160.



unbedeutende Schulden. Schon in der Oratio des Kaisers Severus<sup>51)</sup> heißt es: *Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi* etc., und zwar wird hier die Schuldenlast nur allein als eine rechtmäßige Veräußerungsbursache genannt. Es wird aber dabey vorausgesetzt, 1) daß die Gläubiger auf die Bezahlung dringen<sup>52)</sup>, 2) daß die Schuld aus andern Mitteln, nämlich aus der vorhandenen Baarschaft, oder aus dem Vorrath von Früchten, und sonstigen Einkünften, oder ausstehenden leicht zu erhebenden Schuldforderungen, nicht getilgt, noch die Gläubiger zur Befriedigung bewogen werden können, welches alles die Obrigkeit vor Ertheilung des Decrets gewissenhaft zu untersuchen hat. Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum*<sup>53)</sup>:

*Non passim tutoribus sub obtentu aeris alieni permitti debuit venditio; neque enim est eis via distractionis tributa, et ideo Praetori arbitrium huius rei Senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obventionum. — Si igitur deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, si modo urgeat creditor,*

51) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

52) *S. VOZT Comm. h. t. §. 7. und Jo. a SANDE de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 56 — 59.*

53) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 29.

ant *usurarum modus parendum aeri alieno* 54),  
*suadeat.*

Die letztern Worte lehren, daß wenn auch die Gläubiger nicht gerade auf die Bezahlung dringen, dennoch schon die drückende Zinsenlast die Bezahlung einer Schuld kann dringend, und also eine Veräußerung nothwendig machen. Daß aber auch die Schuldenlast nicht unbedeutend seyn dürfe, sagt Ulpian in der angeführten Stelle ausdrücklich, wenn er §. 10. die Obrigkeit anweist, bey Ertheilung des Decrets darauf zu sehen: *ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur.*

Sollten denn aber wirklich nur dringende Schuld

54) Haloander, und der ihm fast überall folgende Lud. MIRAEBUS lesen *carendam aere alieno*. Allein der große Litterator Guil. Ott. REITZ in Annotation. Sporad. in fin. (in PÜTTMANNI Opusc. iurid. ex Observation. Miscellan. Batav. in un. volum. collectis. (Halae 1782: 8, pag. 158.) hält nichts für so gewiß, als daß *parendam* gelesen werden müsse. Der Sinn soll freylich wohl seyn, aut graves usurae aes alienum dissolvere iubeant. In den BASILIENSIS c. 1. Tom. V. pag. 126. Const. 5. §. 5. wird auch wirklich der Ausdruck gebraucht, πληρῶσαι τὸ χρεός, welches so viel heißt, als dissolvere aes alienum, und nun werden die beyden Ursachen angeführt, welche die Tilgung der Schuld nothwendig machen, 1) wenn der Gläubiger auf die Bezahlung dringt; καὶ ἐπιχειραὶ ὁ δαειστής, und 2) wenn die Zinsen zu drückend sind: ἢ οἱ τόκοι βαρῶσιν. Die meisten Rechtsgelehrten bleiben jedoch bey der gemeinen Lesart *parendam*, und Adr. TURNEBUS Adversarior. Lib XXXIII. Cap. 56. erklärt nach dieser Lesart das *parere aeri alieno* so: *Is parere dicitur aeri alieno*, sagt er, qui se ei imparem sentit, et fatetur, nec diutius eius usuris gravari vult, sed mavult solvere.

den allein die Obrigkeit berechtigen können eine Veräußerung zu erlauben? Ulpian<sup>55)</sup> sagt es freylich wiederholend, *non passim distrahi iubere Praetori tributum est, sed ITA DEMUM, si urgeat aes alienum*; und fügt die drohende Folge hinzu: *Proinde et si permiserit, aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum*. Eben so sprechen die Kaiser Diocletian und Maximian in der schon oben vorgekommenen *L. 12. C. de praediis et aliis reb. minor.* so wie die Kaiser Constantinus A. und Constantinus C. in der *L. ult. C. eod.* von dieser Veräußerungs-Ursache auf eine Art, als ob es die einzige rechtmäßige Ursache sey. In jener Constitution hieß es: *Ob aes alienum TANTUM causa cognita etc.* und die letztere lautet so:

*Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, debitis DUNTAXAT' fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii: decreti interpositio a Constantiniano Praetore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. Dat. XII. Kalend. Januar. PROBIANO et JULIANO CONS. 322. 1<sup>a</sup>).*

55) *L. 5. §. 14. D. h. t.*

56) Diese Constitution, welche in den bisherigen Ausgaben des Theodosianischen Codex fehlte, ist nun aus einer Turiner rescribirten Handschrift von Peyron wieder restituirt worden, nur schade, daß die Inscription und Subscription verloren gegangen ist. Die restituirte Constitution selbst befindet sich in WENCK Cod. Theod. fibr. V. prior. Lib. III. Tit. 21. *de praediis minorum sine decreto non alienandis. Const. 2. pag. 197 — 200.* mit vielen gelehrten Anmerkungen desselben.

Man könnte nun zwar sagen, daß die angeführten Gesetze gerade von der Veräußerung solcher Grundstücke sprächen, welche die Oratio des Kaisers Severus verboten hatte, wenn nicht auch Kr. Constantin in der oben angeführten Constitution alles, was vom Decret der Obrigkeit nach dem ältern Rechte galt, auch bey der Ausdehnung jenes Veräußerungsverbots auf alle unbewegliche und bewegliche Sachen der Pupillen und Pflēgbefohlenen in den Worten: *nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorarē — licebat*, ausdrücklich beobachtet wissen wollte. Daher wird auch in der letzten Constitution der beyden Constantine keiner besondern Art von Sachen mehr gedacht. Dennoch aber können jene Gesetze so ausschließend nicht verstanden werden, als sie gefaßt sind, wie auch schon Eujaz<sup>17)</sup> bemerkt hat, ob ich gleich in der Geschichte dieser Rechtslehre (S. 1381. b.) der Wortfassung folgte.

Denn es ist schon oben (S. 27) erinnert worden, daß das Wort *tantum* in der L. 12. nach der Erklärung der meisten Rechtsgelehrten nicht auf *aes alienum*, sondern auf die nachfolgenden Worte *causa cognita* zu beziehen sey, welches Erforderniß auch seiner unerläßlichen Nothwendigkeit wegen besonders in der L. ult. hervorgehoben wird, wenn es daselbst heißt: *probatis examinatisque causis*, oder wie die Züriner Handschrift liest: *probatis EXAMUSSIM causis*. Das Wort *duntaxat* aber wird zwar gewöhnlich in der exclusiven Bedeutung von *tantum* oder *solum* genommen; es heißt aber auch

57) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Lib. V. de adm. tutor vel curat. ad L. 22. circa fin.

soviel als scilicet<sup>58)</sup>, in welcher Bedeutung es auch süglich hier genommen werden kann, wenn man nicht mit Gerh. Noodt<sup>59)</sup> annehmen will, es stehe hier überflüssig, und habe gar keine bestimmte Bedeutung, wovon Salmasius<sup>60)</sup> mehrere Beyspiele angeführt hat. Sollte aber der Ausleger dieses, wie billig, zu hart finden, so mag er das Wort *duntaxat* immerhin auch hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen, denn offenbar bezieht es sich nicht auf *debita fiscalia*, vel *privata*, sondern auf *debita urgentia*, so daß der Sinn ist, nicht wegen einer jeden Schuld, sie sey eine fiskalische oder Privatschuld, dürfe die Obrigkeit ein Veräußerungsdecret ertheilen, sondern nur dann, wenn es dringende Schulden (*debita urgentia*) sind<sup>61)</sup>.

Daß jedoch die rechtmäßigen Veräußerungs-Ursachen wirklich nicht bloß auf dringende Schulden allein beschränkt werden können, erhellet schon daraus, weil die Gesetze selbst Fälle angeben, wo auch andere Ursachen die Nothwendigkeit einer Veräußerung herbeiführen können. So kann die Bestellung einer Brautgabe einen Verkauf von Sachen der Mündel nothwendig machen, wenn anders die Ehe nicht zu Stande kommen kann<sup>62)</sup>. Eben so kann ferner die Weisläufigkeit eines Prozesses, der damit verbundene Kostenaufwand, und der zweifelhafte Ausgang desselben die Nothwendigkeit eines Vergleichs veranlassen<sup>63)</sup>.

58) G. BASSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duntaxat*.

59) Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera talis est*. pag. 587.

60) Nott. ad *VORISCIUM in vita Probi*. Cap. 16.

61) G. VORZ Comm. ad Pand. h. t. §. 8. in fin.

62) L. 61. §. 1. *D. de iure dot.*

63) L. 4. *C. de praed. et aliis reb. mingr.*

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 33

Daß auch Mangel an nöthigen Unterhalte der Minderjährigen eine Veräußerung rechtfertigt, darin sind alle einverstanden<sup>64)</sup>.

Um diese verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinigen, behaupten mehrere<sup>65)</sup> durch die Oratio des Kaisers Severus sey zwar bey der Veräußerung der praediorum rusticorum und suburbanorum, welche dadurch den Vormündern verboten wurde, nur bringende Schuldenlast allein, als rechtmäßige Veräußerungs-Ursache, gebilliget worden; allein mit der Erweiterung dieses Verbots habe man durch Interpretation die Veräußerung auch wegen anderer Ursachen der Nothwendigkeit erlaubt.

Ob um des bloßen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten sey, ist unter den Rechtsgelahrten streitig. Einige<sup>66)</sup> wollen diese Frage bejahen, weil wenn man die

64) *G. Jo. a SANDE* P. I. Cap. I. §. 4. nr. 62. *VORT* Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *LAUTERBACH* Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 5. und Desselben Diss. de alienatione rerum, quas minorum sunt. Th. 30. besonders *Pet. MÜLLER* ad *Stravium*. P. II. Exercit. XXXI. Th. 24. Not. 2. pag. 603. Man vergleiche auch *Jo. Gray*. *WYSTENBERG* Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 14. *Jul. Frid. MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. III. §. 684. und *Just. Elaprotz* von freywilligen Gerichtsbandlungen. §. 162.

65) *G. Jac. COZACIUS* Recitation. solemn. in Cód. ad Tit. 37. Libri V. Const. 22. pag. 399. (*Francof.* 1606. 4.) *Jo. a SANDE* c. I. §. 61. *Jo. Jac. WISSMANN* Exercitation. in Pand. P. I. Diss. LIII. Th. 14. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. c. I. pag. 586. sq. und *POTHIER* Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. f. pag. 103. Man vergleiche jedoch *VORT* h. t. §. 8. circ. fin.

66) *MONTANUS* Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 350. *Glücks* Erläut. d. Pand. 33. 2b. C

Rechtmäßigkeit der Veräußerung bloß an die Ursachen der Nothwendigkeit knüpfen wollte, hieraus in den meisten Fällen den Pflegbefohlenen der größte Schaden erwachsen würde. Man erlaube aber weder Recht noch Billigkeit, dasjenige, was heilsam zum Besten der Menschen eingeführt worden ist, durch eine härtere Erklärung gegen den Nutzen derselben in Strenge zu verwandeln. Dieß sey der klare Ausdruck der Gesetze<sup>67)</sup>. Allein den Gesetzen ist diese Meinung dennoch nicht gemäß. Nach der ausdrücklichen Vorschrift derselben soll um des bloßen Nutzens willen keine Veräußerung gestattet werden. Ulpian hat diese Frage so bestimmt entschieden, daß kein Zweifel übrig seyn kann. Er sagt *L. 5. §. 14. D. h. t.*

*Si res alienum non interveniat, tutores tamen allegent, expedire haec praedia vendi, et vel alia comparari, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? Et magis est, ne possit.*

Nicht einmal abdann soll die Veräußerung erlaubt werden, wenn auch der fundus pupillaris schlechtes Land und unfruchtbar seyn sollte, wie Paulus *L. 13. pr. D. h. t.* durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätigt. Er wirfft daselbst die Frage auf:

*Si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est, an alienare eum non possit? Et Imperator ANTONINUS et divus pater eius in haec verba rescripserunt: Quod allegastis, infructuo-*

Savv. Synt. iuris civ. Exerc. XXXI. Th. 84. Jo. Vort. Comm. h. t. §. 8. und Jo. Ern. Just. MüLLER Observation. praet. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 614.

67) *L. 25. D. de Legib. L. 6. C. cod. (l. 14.)*

*zum esse fundam, quem vendere vultis, movere nos non potest, quam utique pro fructuum modo pretium inventurus sit.*

Es kann zwar freylich nicht geläugnet werden, daß durch diese Strenge der Gesetze den Pfliegbefohlenen mancher Vortheil entgehen kann, den sie vielleicht hätten machen können; dennoch aber ist dadurch im Ganzen für das Beste der Mündel und die Erhaltung ihrer Güter besser gesorgt, weil, wenn man der Obrigkeit hätte erlauben wollen, um jedes vermeintlichen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten, allerdings zu befürchten wäre, daß der heilsame Zweck des Veräußerungsverbots nach und nach ganz vereitelt, und am Ende bey der Veräußerung der Mündel-Güter die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets auf eine hiesige Förmlichkeit hinauslaufen würde. Wenn also nicht die besondern Landesgesetze und Vormundschaftsordnungen <sup>68)</sup> die Veräußerung auch wegen eines erheblichen und augenscheinlichen Nutzens zulassen, muß es bey der Vorschrift des gemeinen Rechts bleiben, worin auch die meisten Rechtsgelehrten <sup>69)</sup> mit einander übereinstimmen.

68) 3. B. das Baiेरische Landrecht. 1. Th. 7. Kap. § 13. Nr. 4. Ehur-Braunschweig. Landes-Ordnungen. Kap. II. §. 645. f. Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 555. Fränkische Landgerichts-Ordnung 3. Th. Tit. XV. §. 2. und Tit. XVI. §. 2. Ehursächsische Vormundschafts-Ordnung. Kap. XVI. §. 1. Schwärzburg. V. D. Kap. 24. u. a. Es kann also wohl nur in Beziehung auf diese besondern Landesgesetze verstanden werden, wenn Rittermacher in den Bedf. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 374. sagt, daß auch der Nutzen des Pupillen ein hinreichender Grund zur Veräußerung seyn könne.

69) *Ja. a SANDE* cit. Tr. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 65. *Andr.*



Eine Veräußerung, welche bloß des Vortheils wegen geschehen ist, muß daher, wo nicht die Landesgesetze sie zulassen, auch noch heut zu Tage für nichtig erklärt werden, wenn sie auch durch ein obrigkeitliches Decret bestätigt worden ist <sup>70)</sup>. Es ist auch gleichviel, ob die veräußerten Sachen unbewegliche oder bewegliche Sachen von Werth sind, obwohl in Ansehung des letztern mehrere Rechtsgelehrten <sup>71)</sup> eine entgegengesetzte Ansicht haben.

§. 1385.

2) Obrigkeitliche Untersuchung. Worauf ist sie zu richten?

Zur Gültigkeit der Veräußerung wird nun auch 2) eine förmliche Untersuchung erfordert. Diese *causae cognitio* gehörte bey den Römern für die höhern Obrigkeiten. In den Gesetzen werden deswegen bloß der Prätor und der Präses der Provinz, als die für diese Unters-

FACHINAEUS *Contr. v. iuris* Lib. III. Cap. 3. *Ulr. HUBER* Praelection. ad Pand. h. t. §. 4. et 5. LAUTRABACH *Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 6.* Jo. Henr. BERGER *Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tit. XXXIX. Observ. XVII. pag. 400. sq. und Oeconom. iuris* Lib. I. Tit. 4. Th. 11. pag. 211. (edit. *Haubold.*) besonders Dav. Ge. Struben *rechtl. Bedenken. 2. Th. Bed. CIV. S. 387 — 392. Aug. a LEYSER* *Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. Medit. 1. u. m. a.*

70) S. *Gottl. HUFELAND's* *Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1574. Not. a. Albr. Schweppe* *Röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Aufl.)*

71) *Sam. STAYK* *Us. mod. Pand. h. t. §. 3. Just. Henn. BOEHMER* *Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. Mich. God. WRANICH* *Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 19. und Dabelow* *Handbuch des Pandectenrechts. 2. Th. §. 306. S. 577.*

stehung competente Behörde genannt, welche sie keinem Stellvertreter übertragen konnten, wenn sie auch ihre Jurisdiction mandirten<sup>72)</sup>. Diefen wird sie daher zur besondern Pflicht gemacht, und ihrer Wichtigkeit wegen in den Gesetzen<sup>73)</sup> ganz vorzüglich hervorgehoben. Um so mehr hat sich auch Ulpian<sup>74)</sup> angelegen seyn lassen, hierüber das richterliche Amt auf das genaueste zu untersuchen. Heut zu Tage ist diese Befugniß ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn nicht nach der besondern Verfassung des Landes diese Angelegenheit an ein besonderes vormundtschaftliches Gericht (Pupillen-Collegium) verwiesen ist, und steht dem Richter zu, welcher den Vormund bestellt, oder bestätigt hat<sup>75)</sup>. Dieser ist auch dem Pflegbefohlenen dafür verantwortlich, wenn er bey der Untersuchung nicht pflichtmäßig verfährt, dahingegen die oben genannten Römischen Behörden gerade solche waren, gegen welche die *actio subsidiaria adversus Magistrat*

72) L. 2. §. 1. D. de officio eius, cui mandata est iuris. (L. 21.) ULPIANUS Libro III. de omnibus Tribunalibus. Si tutores vel curatores velint praedia vendere, causa cognita id Praetor vel Praeses permittet: quodsi mandaverit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre. Man vergleiche noch die L. 1. L. 6. C. de praediis et aliis reb. minor. (V. 71.)

73) L. 6. L. 12. L. 18. C. de praed. et al. reb. min. L. 3. C. Si quis ignorans rem min. esse. (V. 73.)

74) L. 5. §. 9—11. D. h. t. S. Just. Claprotth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162. und 163.

75) S. Claprotth's Rechtswiss. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. S. 324. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 5. Th. §. 506. S. 576.

tum nicht zulässig war. Ueberhaupt ist aber diese Untersuchung auf drey Gegenstände zu richten, nämlich a) auf die Ursache der Veräußerung, b) auf den dazu auszuwählenden Gegenstand, und c) auf die Art der Veräußerung.

Wenn also um die Erlaubniß zur Veräußerung von Papillengütern nachgesucht wird, so darf sich der Richter auf die bloße Angabe der Vormünder, daß eine Ursache der Nothwendigkeit vorhanden sey, nie verlassen. Nicht also der Vormund dringende Schulden als Ursache an, so muß sich der Richter vor allen Dingen erkundigen, ob die Gläubiger wirklich auf die Bezahlung dringen, und dieselben zur Gehuld zu bewegen versuchen. Ist dieser Versuch fruchtlos gewesen, so muß sich der Richter aus den Rechnungen und dem Verzeichniß über den Vermögensbestand des Mündels nachweisen lassen, daß es an Baarschaften, zahlbaren Forderungen, Naturalvorräthen, und zu hoffenden gewissen Einkünften gänzlich fehle, um die gegenwärtige Nothwendigkeit der Zahlung, oder auch des Unterhalts, und sonstiger Bedürfnisse zu bestreiten. Da hier den Vormündern nicht immer zu trauen ist, so muß der Richter zugleich die nächsten Verwandten des Mündels, oder treue Freunde desselben, oder solche Personen, welche von den Verhältnissen des Mündels genau unterrichtet sind, zu Rathe ziehen, und immer nur im Falle einer vorhandenen Nothwendigkeit die Veräußerung gestatten. Ulpian belehrt hierüber den Richter folgendermassen.

*L. 5. §. 11. D. h. t. In primis igitur, quoties desideratur ab eo, ut permittat* <sup>76)</sup> *distrahi, requi-*

76) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *remittat*. Allein die Lesart *permittat*, welche Haloander, und die meisten Ausgaben haben, ist wohl unstreitig richtiger.

rere debet, eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia asseverare Praetori solent, necesse esse distrahi possessiones vel obligari. Requirit ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos, aliquos fideles, vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarum habet: aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint, qui inveniuntur, iurare debet edi rationes, itemque synopsis<sup>77)</sup> bonorum pupillarum, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat<sup>78)</sup>.

Hieraus erklärt sich nun, wenn die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus in der *L. 6. C. de praed. et aliis reb. min.* rescribiren: die Veräußerung könne anders nicht erlaubt werden, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant.

77) Die Lesart Salvanders: *Itemque, si opus sit, pupillarum bonorum advocatum pupillo dare*, ist wohl offenbar unrichtig, und vom *Ant. Avostinus* Emendation: *Lib. IV. Cap. 3.* (in *Ortonis Thes. Jur. Rom. Tom. IV. pag. 1531.*) mit Recht verworfen worden. Auch in den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 6. Tom V. FABROTII pag. 126.* heißt es: *καὶ τὴν συνοδίην τῆς οὐσίας*, i. e. *et inventarium bonorum.* *Jac. Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 1.* erklärt das Wort *Synopsis* durch *brevis descriptio bonorum pupillarum.* Ulpian braucht in eben dieser Bedeutung auch das griechische Wort *ἀναγραφὴ* in *Ar L. 15. pr. D. de rebus auctor. iud. possidend. (XLII. 5.)*

78) Die Nothwendigkeit der Bestellung eines solchen Bestandes fällt h. z. I. weg. *S. Claprotb angef. Rechtswissenschaft. §. 163. S. 328.*

Soviel hiernächst den Gegenstand der Veräußerung betrifft; so hat der Richter darauf zu sehen, daß eine solche Sache gewählt werde, die der Pflegbefohlene am ersten entbehren, und durch deren Veräußerung der gegenwärtigen Nothdurft abgeholfen werden kann. Ehe er also seine Einwilligung zur Veräußerung eines Grundstücks giebt, muß er sehen, ob nicht unter den beweglichen Sachen des Mündels ein solcher Gegenstand befindlich ist, und zwar muß immer zuerst das Geringere, oder das dem Mündel weniger Nützliche gewählt werden<sup>79)</sup>. Ulpian äußert sich hierüber L. 5. §. 9. h. t. folgendermaßen:

Item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint, ex quorum pretio aeri alieno satisfieri possit.

§. 10. Sed si sit alia possessio minor, vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi, quam maiorem et utiliozem.

Endlich muß auch eine solche Art der Veräußerung gewählt werden, bey welcher die Rechte des Mündels an der Sache soviel möglich erhalten werden können, und welche also dem Mündel am wenigsten nachtheilig ist. Es muß also berücksichtigt werden, ob nicht etwa durch eine bloße Verpfändung, oder, wenn ja der Verkauf nicht abzuwenden ist, ob nicht etwa durch Beyfügung des pactum de retrovendendo dem Pflegbefohlenen die Sache erhalten werden kann.

L. 5. §. 10. D. h. t. Item Praetor aestimare

79) *S. Jo. a Sander de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 66. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 761. und Mühlensarven Doctr. Pand. Vol. II. §. 330.*

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. § 1  
debebit, utrum vendere potius, an obligare permittat.

Ist gegen Verpfändung ein Darlehn aufzunehmen, so darf der Richter keine größere Summe aufzunehmen erlauben, als die Bestreitung der Nothdurft erfordert. Ulpian sagt ebendasselbst:

Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum.

Der Richter darf es nun eigentlich nicht dem Vormunde anheimstellen, ob er verkaufen oder verpfänden will, sondern er muß dieses ausdrücklich bestimmen, und der Vormund muß sich nach der Vorschrift des Richters genau richten. Denn überschreitet er sie, so handelt er nichtig. Ulpian sagt *L. 7. §. 3. D. h. t.*

Si Praetor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra, an valeat, quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quam quod a Praetore decretum est, nihil egisse.

Sollte der Richter dem Vormunde überlassen haben, ob er den ausgewählten Veräußerungs-Gegenstand verkaufen, oder verpfänden wolle; so ist zwar der Vormund freylich durch das Decret gedeckt, wenn er sich der ihm gestatteten Wahl bedient. Allein die Gesetze billigen dieses Verfahren nicht, wie aus folgender Stelle Ulpian's erhellet.

*L. 7. §. 4. D. h. t.* Quid ergo, si Praetor ita decreverit: *vendere obligareve permitto*, an possit liberum arbitrium habere, quid <sup>80)</sup> faciat? *Et ma-*

80) Die florentinischen Ausgaben lesen *qui*; ältere Handschriften,

*gis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere, et eligere, utrum magis obligare, an vendere permittat.*

Vorzüglich hat nun auch die Obrigkeit noch dafür zu sorgen, daß das darlehnsweise aufgenommene, oder aus dem Verkaufe gelöste Geld seinem Zweck gemäß auch wirklich verwendet werde, welches Ulpian dem Richter noch zur besondern Pflicht macht.

L. 5. §. 13. *D. h. t. Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.*

War bringender Schulden wegen eine Veräußerung nöthig, so ist wohl das Sicherste, wenn das Geld den Gläubigern in den Gerichten bezahlt, und von diesen der Empfang im Protocoll bescheiniget wird <sup>81)</sup>.

§. 1386.

Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets.

Hat sich nun der Richter von der Nothwendigkeit einer Veräußerung überzeugt; so wird noch zuletzt 3) zur Gültigkeit derselben erfordert, daß ein ordentliches

Hugo a Porta, Merlin, Baudouin, und alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *quid*, welches unstreitig richtiger ist.

81) S. Elaprot's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 166.

Veräußerung. Decret erteilt werde <sup>82)</sup>). Dieses Decretum de alienando enthält den Ausspruch des competenten Richters, wodurch derselbe, nach vorher angestellter Untersuchung der Umstände, die Veräußerung ausdrücklich genehmiget. Das Decret muß also von der competenten Obrigkeit erteilt werden. Wer aber diese sey, ist unter den Rechtsgelahrten streitig. Bey den Römern waren bloß der Prätor und der Präses der Provinz die für die Ertheilung des Decrets competente Behörden <sup>83)</sup>. Welche sind es aber jetzt? Eigentlich kann wohl nur competent diejenige Obrigkeit seyn, welche die Obervormundschaft führt, und dieses ist denn auch wohl keine andere, als eben diejenige, welche die Vormundschaft angeordnet hat <sup>84)</sup>. Mir scheint dieses auch die Meinung

82) *L. 6. C. de praed. et aliis reb. minor.* Decretum solenniter interponatur. *L. 22. C. de admin. tutor.* S. *Halder. ab EYBEN Discurs. iurid. de decreto in alienandis minorum caeterarumque his similium personarum rebus necessario.* (in *Eius Script. iurid. cum praefat. Jo. Nic. HARTII Argentorati 1708. f. edit. P. II. pag. 369 — 378.*) und *Car. Frid. WEINHOLD Disp. super decreto in alienandis rebus minorum interponendo. Lipsiae 1775. 4.*

83) *L. 1. L. 6. L. 9. L. 10. 12. 13. 14. 16. 17. 18. C. de praediis et aliis reb. minor.*

84) S. *Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.* Just. *Clayroth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtsbandlungen. §. 161.* *Ulbr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 761.* *der dritt. Ausg. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 521.* *Gottl. HUFBLAND's Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. B. §. 1574.* und *Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 576.*



der Gesetz zu seyn. Es gehören aber vorzüglich folgende Gesetzhellen.

L. 5. §. 12. D. h. t. ULPIANUS *Libro XXXV. ad Edictum.* Illud quaeri potest: Si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, si modo tutela Romae agebatur, et hi tutores eam quoque administrationem subierant.

L. 16. C. de praed. et altis reb. minor. (V. 71.) Impm. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. *Easthoniae.* Si praedium rusticum vel suburbanum — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adultä sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti. etc.

Die Streitfrage betrifft nun eigentlich den Fall, wenn die zu veräußernden Güter des Mandats ausser dem Gerichtsbezirke der Obrigkeit des Wohnorts liegen. Hier glauben viele <sup>85)</sup>, es sey gleichviel, welche von beyden Obrigkeiten das Decret erteile. Es sey daher auch der Richter competent, in dessen Gerichtsbezirke die zu veräußernden Sachen liegen. Zur Unterstützung dieser Meinung betuft man sich auf die angeführten Gesetze. Andere <sup>86)</sup>

85) Huld. ab EYSEN cit. Diss. Th. XI. (*Scriptor.* pag. 372.) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. STRÜV Synt. iuris-civ. Exercit. XXXI. Th. 84. PET. MÜLLER ad Eundem not. 2. Jo. Henr. de BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. XI. (Tom. I. pag. 212. edit. Häubold.) Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. Quaesition. for. Vol. IV. Observ. 568. WEINSOLD Disp. cit. §. 11. Dieser Meinung ist auch HALLFELD.

86) Jo. a SANDH de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 70. et 71.

unterscheiden, ob die Vormundschaft ungetheilt oder getheilt verwaltet wird. Im ersten Falle habe der Vormund die Wahl, von wem er sich das Decret will ertheilen lassen, ob von dem Richter des Wohnorts, oder der gelegenen Sache. In dem letztern Falle hingegen könne nur der Richter das Decret ertheilen, in dessen Gerichtsbezirke das zu veräußernde Grundstück liegt. Allein die Folge des aufgestellten Grundsatzes kann dem Vormunde nie die Wahl gestattet werden, es kann daher der iudex rei sitae nur dann für competent gehalten werden, wenn der Vormund von diesem Richter die Administration derjenigen Güter durch eine Theilung der Vormundschaft erhalten hat, zu welchen die zu veräußernde Sache gehört<sup>87)</sup>. Die Meinung derjenigen<sup>88)</sup>, welche bloß den iudex rei sitae für competent halten, ist also den Gesetzen eben so wenig gemäß, als wenn andere<sup>89)</sup> behaupten, es müsse ein Decret von beyden Richtern eingeholt werden.

Ein andere Frage ist, ob das Decret noch vor der Veräußerung ertheilt werden müsse, oder ob es auch noch nachher erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung geheilt werden könne? Auch darüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Soll freylich das Decret

87) Man vergleiche noch die *L. 27. pr. D. de tutor. et curator. dat.* und *L. 21. §. 2. D. de Excusation.* S. auch THEBAUT Syst. §. 521.

88) S. MONTANUS de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 66. pag. 386.

89) S. Ant. PEREZ Praelection. in Codicem Lib. V. Tit. 71. §. 8. Ant. GOMEZ variar. Resolution. iuris civ. T. II. cap. 14. Ern. COYHMANN Conseil. acad. Cons. XIII. nr. 4. Ant. MATTHAEI de Auctionib. Lib. I. cap. 7 nr. 10.

zugleich eine Anweisung für den Vormund enthalten, was er, und wie er veräußern solle, und dieses alles genau darin bezeichnet werden, ja soll es dem Vormunde die Veräußerung unter den darin bezeichneten Bestimmungen erlauben; so muß es wohl der Veräußerung vorausgehen. Daß aber dem wirklich so sey, scheint aus der Frage hervorzugehen, welche Ulpian *L. 7. §. 4. h. t.* entscheidet, wenn er daselbst sagt:

Quid ergo, si Praetor ita DECREVERIT: *vendere obligareve PERMITTO*, an possit liberum arbitrium habere, quid faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciamus, *Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare, an vendere PERMITTAT.*

Eben dieser Ulpian sagt ferner *L. 5. §. 10. h. t.* Item Praetor aestimare debet, *utrum vendere potius, an obligare PERMITTAT.* Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum: *aut si distrahendam arbitritur, ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur: sed si sit alia possessio minor, vel minus utilis pupillo, magis eam IUBERE distrahi, quam maiorem et utiliore.*

Dieser Vorschrift entsprechen auch die heutigen Formulare eines obrigkeitlichen Decrets zur Veräußerung oder Verpfändung von Pupillen (Gütern <sup>90</sup>). Daher sind mehrere Rechtsgelehrten <sup>91</sup>) der Meinung, daß obrig-

90) S. Claprot's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 164. S. 335. und 336.

91) S. Jo. a SANDE de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I.

keitliche Decret müsse der Veräußerung vorausgehen. Da indessen dieses doch nirgends bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist<sup>92)</sup>, und in der *L. 2. h. t.* die bloße confirmatio für hinreichend gehalten wird; so behaupten viele<sup>93)</sup>, zu denen auch unser Helffeld gehört, daß die Obrigkeit noch hinterdrein das decretum de alienando erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung heilen könne. Hier entsteht nun aber wieder die Frage, ob diese Gültigkeit nur von der Zeit der erfolgten obrigkeitlichen Genehmigung an zu rechnen sey, oder schon von der Zeit an, da die Veräußerung geschehe. Das Letztere behaupten mehrere Rechtsgelehrten aus dem Grunde, weil in der *L. 7. Cod. ad Scutum Macedon.* (IV. 20.)

§. 5. nr. 68 et 69. *Dionys. Gothofredus* in Nota ad *L. 5. §. 9. D. h. t. not. x.* *Pet. Müller* ad *Struvii Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. 1. pag. 604.* *Ben. Carpov* Lib. V. Respons. LXVIII. nr. 3. et 18. *Claprot* h. angef. Rechtswissenschaft. §. 165. und *Car. Christoph. Hofacker* Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 669.

92) *S. Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Ausg.)

93) *Octav. Simoncellus* Tr. de decretis caeterisq. solemnitatib. in contractib. Minorum adhibend. (*Helmst.* 1673. 4.) Praefat. nr. 31—35. pag. 23. sq. *Jo. Schilter* Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 211. *Jo. Balth. a Wernher* Select. Observationes forens. Tom. I. P. I. Obs. 254. pag. 281. et P. II. Obs. 446. pag. 458. *Aug. a Lysen* Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 6. *Jo. Henr. Beroer* Resolution. Legum obstant. h. t. Animadv. ad verb. *Decretum iudicis.* p. 578. *Mich. God. Wernher* Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und *Car. Frid. Walch* Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Memb. III. §. 22.

ganz allgemein verordnet werde, jede Genehmigung werde durchaus zurückgezogen, und bestätige alles, was gleich anfangs geschehen sey<sup>94</sup>). Allein so allgemein auch diese Regel ausgedrückt ist, so wenig ist sie hier anwendbar. Es ist hier nicht bloß von einem Geschäfte die Rede, zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Einwilligung, sondern von einem solchen, wo neben derselben eine unterlassene Feuerslichter erforderlich gewesen wäre, ohne welche demselben ein verbieten des Gesetz entgegenstände. Hier wird das früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie gültig, sondern erhält erst seine Gültigkeit durch die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung<sup>95</sup>). Eine bloße gerichtliche Bestätigung des von dem Vormunde geschlossenen Contracts, wofür nicht alle übrige Erfordernisse dabey beobachtet worden, ist jedoch keinesweges hinreichend, wie Hellfeld hier ganz richtig bemerkt<sup>96</sup>).

Noch ist die Frage übrig, ob die Veräußerung gerade auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung oder Subhastation geschehen müsse? Viele<sup>97</sup>) halten dieses für

94) S. LEYSER a. a. D. und WALCH a. a. D.

95) L. 25. C. de donat. inter. vir. et uxor. (V. 16.) nach welcher in einem solchen Falle die rückwirkende Kraft nicht Statt finden soll. S. Gottl. Hufeland über die verschied. Wirkungen der Genehmigung von Geschäften; (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. (Gießen 1814.) Nr. IV. S. 222.)

96) S. auch J. H. BOHMERT Introd. in ius Dig. h. t. §. 7. Mich. God. WERNER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und Glapvot's Rechtswiss. S. 164. S. 334.

97) Jac. CUALERS Recitation. solenn. in Codic. ad Tit. 37. Libri V. de administr. tut. pag. 398. (edit. Francof. 1605. 4.) Jo. a SANDS de prohib. rer. alienat. P. I.

nothwendig, weil nur auf diesem Wege der höchst mögliche Preis zu erhalten sey, und alle sonst mögliche Bervortheilung der Pfliegbesohlenen vermieden werde. Man glaubt diese Meinung auch durch die Gesetze<sup>98)</sup> unterstützen zu können, und empfiehlt dabey zugleich eine vorgängige Schätzung. Man sagt auch, die Meinung sey in der Praxis angenommen, und gelte als eine gemeine Gewohnheit<sup>99)</sup>. Allein in dem gemeinen Rechte hat diese Meinung keinen Grund, wie auch Hellfeld ganz richtig bemerkt hat. Sie kann wenigstens aus den angeführten Gesetzen nicht bewiesen werden. In der *L. 7. §. 8. D. de minorib.* ist zwar freylich von einer Versteigerung die Rede, es wird auch gesagt, wenn sich nach dem Zuschlag noch Einer findet, der überbieten will, so halte eine Restitution nicht schwer, um eine neue Sicitation zu veranlassen. Aber es wird nicht gesagt, daß sie zur Gültigkeit der Veräußerung nothwendig sey. Eben so deuten allerdings die *auctionalia*, deren Ulpian *L. 1. §. 3. D.*

Cap. I. §. 5. nr. 72. Octav. SIMONCELLUS de decretis Lib. I. Tit. I. nr. 46. sqq. pag. 119. sqq. Ben. CARPZOV Lib. V. Respons. 72. und P. II. Decis. 195. Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6. LAUTSACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. Jo. Balth. a WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 210. et P. III. Obs. 227. Claprotz Rechtswiss. von freywill. Gerichtshandlungen. §. 165. Car. Christoph. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1900. u. a.

98) *L. 7. §. 8. D. de minorib. L. 1. §. 3. D. de tutelae et ration. distr. L. 3. C. Si adv. fiscum.*

99) S. Mittermatters Grundf. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 374. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. h. t. §. 2. S. 146.

*de tutelae et ration. distrah.* neben den Inventarien gedenkt, auf öffentliche Versteigerungen von Pupillen-Sachen hin. Denn es werden darunter die von den Argentarien über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rechnungen verstanden <sup>100)</sup>, welche Cicero <sup>1)</sup>, *auctionariae tabulae* nennt. Allein es kann auch aus diesem Gesetz eben so wenig, wie aus jenem, eine Nothwendigkeit der öffentlichen Versteigerung bewiesen werden. Endlich die *L. 3. C. Si ad. fiscum* (II. 37.) spricht zwar auch von dem Verlaufe der Güter eines Minderjährigen *sub hasta*; aber von einem solchen Verlaufe, welcher fiscalischer Forderungen wegen geschehen war. Ein solcher fiscalischer Verkauf mußte immer *servata hastarum solemnitate* geschehen, weil er auf keine Weise, selbst von Unmündigen nicht angefochten werden konnte. Es war also hier kein Unterschied; die vom Fiscus verkauften Güter mochten einem Minderjährigen oder einem andern Schuldner gehören <sup>2)</sup>. Es beweist folglich auch dieses Gesetz nichts. Vergleichen wir dagegen alle Gesetze, die von dem Verlaufe der Güter der Pflegbefohlenen handeln; so findet sich darunter auch nicht ein einziges, welches dabey die Nothwendigkeit einer öffentlichen Versteigerung vorgeschrieben hätte. Da sie nun die bey einem solchen Verlaufe zu beobachtenden Feyerlichkeiten so sorgfältig angeben, würden sie nicht auch diese bestimmt vorgeschrieben haben? Es ist zwar nicht zu läugnen, daß

100) S. KRAUT Commentat. de argentariis. Cap. III. pag. 16. und den 32. Th. des Commentars §. 1375. S. 327.

1) Orat. in Catilin. II. cap. 8.

2) *L. 1. C. Si propter public. pensitation.* (IV. 46.) *L. 5. C. de fide et iure hastae fiscal.* (X. 3.) S. Jo. Jac. WISSENBACH Comment. in Cod. ad *L. 3. C. Si advers. fisc.* pag. 116. und Westphal vom Kaufe. §. 637.

derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten sey, für welchen sie öffentlich verkauft worden ist; daß dieses aber doch nicht immer der Fall sey, erscheint daraus, weil ja sonst die Frage von einer Restitution dagegen nicht hätte seyn können, welche L. 7. §. 8. *D. de minorib.* entschieden wird. Ja wie hätte wohl Ulpian sagen können: *Et quotidie Praetores eos restituunt, ut rursus admittatur licitatio?* Mit Recht läugnen daher die meisten Rechtsgelehrten <sup>3)</sup>, daß bey den Veräußerungen der Güter der Pflegbefohlenen eine öffentliche Versteigerung nothwendig sey. Viele Provinzialgesetze <sup>4)</sup> erfordern sie freylich; allein eine allgemeine Gewohnheit oder

3) Jo. Voss Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. Gottfr. SURVA Diss. An in alienatione honorum pupilli vel minoris necessaria sit subhastatio? *Vüemb.* 1704. Sam. de COCCERJ iur. civ. contr. P. II. h. t. Qu. 4. pag. 236. sqq. Jo. Henr. BERGER Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 578 — 584. Aug. a LAYSER Meditation ad Pand. Vol. V. Specim. CCXXIV. medit. 4. pag. 550 sq. Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. 1. Obs. 23. von REITTMAYR Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. XIII. nr. 6. et 13. Mich. God. WERNER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. pag. 525. Gebr. Overbeck. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 72.

4) Mittermayer a. a. D. hat viele angeführt. In vielen ist aber auch die öffentliche Versteigerung gar nicht vorgeschrieben, z. B. in die Bayer. Landrechte, in der Fränk. Landgerichtsordn. Frankfurt. und Nürnberg. Reformat. Coburger Statuten, und vielen andern. Daher sagt SIMONCELLUS de decretis pag. 128. nr. 67. *Animadvertendum est, non requiri subhastationem in venditione rerum minorum ex consuetudine.*



Gerichtsgebrauch läßt sich nicht beweisen 5). Die Erfahrung hat vielmehr vielfältig gelehrt, daß die Subhastation dem Pfliegbefohlenen mehr nachtheilig, als vortheilhaft gewesen ist, auch die Gerichtskosten nicht gerechnet, welche dadurch veranlaßt werden 6). Es giebt ja noch andere Wege, den wahren Werth einer Sache auszumitteln. Der Richter kann sie ja durch Sachverständige schätzen lassen. Sollte er nun doch die Subhastation für zuträglich halten, so kann er sie verfügen, aber nothwendig ist es nicht.

§. 1386. a.

Veräußerung der Güter der Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erlangt haben.

Noch ist zu bemerken, daß die vorgeschriebene Form der Veräußerung nicht bloß bey den Sachen derjenigen Personen erfordert wird, welche unter der Vormundschaft stehen, sondern auch bey den Sachen der Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erlangt haben, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese zwar über bewegliche Sachen frey disponiren, Grundstücke aber eben so wenig, als diejenigen, die unter der Curatel stehen, ohne Décret der Obrigkeit verkaufen oder verpfänden können 7). Aber Grundstücke

5) Dies erhellet aus den in den Schriften der Practiker vorkommenden sich widersprechenden Erkenntnissen. Man vergleiche z. B. BERGER *Electa Disceptation. for.* pag. 1116. LEYSER c. l. SCHORCH *Sentent. et Respons. Fac. iurid.* Erford. Nr. CXXX. und HARPPRECHT *Consil. Tubing.* Vol. II. Cons. XXVI. nr. 106.

6) Man sehe hier vorzüglich MÜLLER *Observation. pract. ad Leyseram* Tom. III. Fasc. II. Obs. 615.

7) *L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetraver.* (II. 45.)

verschenken können sie gar nicht, auch nicht einmal in Folge eines obrigkeitlichen Decrets. Die Gesetze nehmen bloß eine donatio propter nuptias aus. Außerdem ist die Schenkung ungültig, und erlangt erst dann ihre Gültigkeit, wenn sie der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden nicht angefochten hat, wie aus folgender merkwürdigen Verordnung des Kaisers Justinian erhellet.

L. 3. C. Si maior factus alienat, factam. (V. Tit. 74.) — Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis REM IMMOBILEM donationis titulo in alium, excepta PROPTER NUPTIAS donatione, transcripserit <sup>8)</sup>: non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes, autem vicennium donatore acquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit <sup>9)</sup>. Dat. Idib. April. Decio V. C. Cons. 529.

8) Man s. über diese Stelle Marzoll's Bemerkungen, Zweifel u. Vermuth. aus dem Gebiete des Civilrechts. Nr. VII. (in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgegeben von den H. H. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 8. B. S. 279. ff.)

9) Der Sinn dieser Worte ist, dem Erben des Minderjährigen soll die Zeit zu statten kommen, die dem Verstorbenen noch übrig war. Es ist also hier nicht gerade von einem minderjährigen Erben die Rede, wie Jac. Cujacius in Paratit. in Lib. V. Tit. 74. Cod. (Opp. Hanoviae 1602.

## §. 1387.

Wirkung der Alienation, wenn sie in gesetzlicher Form  
geschehen ist.

Sind nun die oben (§. 1383.) angegebenen Erfordernisse oder Feyerlichkeiten bey Verdüffnung der Güter einer bevormundeten Person beobachtet worden, so ist die Verdüffnung nach dem strengen Rechte gültig<sup>10)</sup>. Es darf nur das Decret nicht durch falsche Vorstellungen erschlichen<sup>11)</sup>, auch nicht von dem Vormunde bey der Verdüffnung der

fol. editor. Tom. III. pag. 100.) meint, sondern das Gesetz spricht überhaupt von dem Erben eines Minderjährigen. So versteht diese Stelle auch Lud. Ruvandus not. ad h. L. Eben so Ant. Schuzians ad Jul. Pauli Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 9. §. 4. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 238.) Diese Erklärung hat auch die Auctorität der Basiliken für sich, in welchen es Lib. X. Tit. 4. Const. 65. Tom. I. FABROTI pag. 640. heißt: *εὶ δὲ ἐν τῷ μεταξὺ ὁ ἀφῆλιξ τελευτήσῃ, ζητοῦμεν ἵνα τὸ λείπον τοῦ χρόνου διάστημα δράμῃ, τοῦ κληρονομοῦ αὐτοῦ σιωπῶντος: i. e. Quodsi minor interim in fata concesserit, volumus, ut residuum temporis spatium effluat, herede ipsius silente. Es ergiebt sich hieraus, daß die Worte so versetzt werden müssen: *quod post eiusdem minoris aetatem heredis silentio transactum sit.**

10) L. 19. §. 1. D. de administr. et peric. tutor. et curator. S. Huld. ab EYSEN cit. Diss. Th. XXXVII. (Scriptor. pag. 377.)

11) L. 1. §. 2. L. 5. §. 15. D. h. t. L. 5. C. de praeud. et aliis reb. minor. S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Porro ait Oratio (Opp. Tom. II. pag. 587, sq.) Huld. ab EYSEN Diss. de decreto alienandi cit. Th. XXIII. (Opp. pag. 375.) und Gottl. HUFELAND Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1576.

gegen gehandelt worden seyn<sup>12)</sup>. Denn hätte die Obrigkeit bloß Verpfändung erlaubt, der Vormund hätte aber das Grundstück verkauft, so ist die Veräußerung nichtig<sup>13)</sup>. Sind indessen auch alle Förmlichkeiten beobachtet worden, der Pflegbefohlene aber kann beweisen, daß ihm gleichwohl die Veräußerung nachtheilig sey, so kann ihm die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden<sup>14)</sup>, welcher er aber auch wieder entsagen kann, wenn er sie gleich schon erhalten hat, wosern ihm die Aufhebung des Geschäfts gereuen sollte, es muß nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch nicht vollzogen seyn<sup>15)</sup>.

12) L. 7. §. 3. D. h. t. Jo. VORT Comm. h. t. §. 9.

13) L. 7. §. 3. cit.

14) L. 1. L. 11. C. de praed. et aliis reb. minor. C. Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 77. et 78. und Huld. ab ETANN Diss. cit. Th. XXXVIII.

15) L. 41. D. de Minorib. JULIANUS Libro XLII. Digestorum. Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui, eumque pretium emtori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione, postnitentia acta: exceptionem utilem adversus potentem pretium, quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Neo queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium Praetoris non imporasset. Die letzte Periode dieser merkwürdigen Gesetzstelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Man glaubt, sie habe keinen richtigen Sinn, wenn man nicht *emtor* statt *venditor* lese. So lesen daher die größten Rechtsgelehrten, Jac. Cujacius in Comm. ad Tit. Pand. de minorib. ad L. Si iudex. (Opp. ab 1760 editor. Tom. II. pag. 178.) ANW. FABER

Es fragt sich aber, wem der Beweis obliegt, wenn die Verdäusserung in der Folge wegen nicht beobachteter

Rational. in Pand. ad L. 41. de minorib. *Bib.* LEONINUS Emendation. sive Observat. Lib. I. cap. 18. *Edm.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. III. Cap. 11. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. IV. Tit. 4. §. Caeteram, ut aequum est, (*Opp.* Tom. II. pag. 118.) und *Bern.* HENR. REINOLDUS Varior. Cap. 2. (in *Opuscul. a JUGLERO* edit. pag. 63. sqq.) Andere hingegen sagen mit ACCURSIVS, daß Wort *venditor* stehe hier für *emtor*. Denn die Benennungen *emtor* und *venditor* wären von den Alten häufig, so wie die Worte *emptio* und *venditio*, mit einander verwechselt worden. Allein daß die florentinische Lesart, mit welcher auch alle übrige Ausgaben übereinstimmen, richtig, und das Wort *venditor* hier auch in seiner eigentlichen Bedeutung genommen sey, hat *Car. Henr.* HAASE in *Variarum criticarum et exegeticarum ad ius civile pertinentium observationum Specim. I. et II.* quibus inest commentationis grammaticae et criticae ad L. 41. D. de minoribus P. I. et P. II, *Lipsiae* 1809. 4. außer allem Zweifel gesetzt. Der Sinn der ganzen Stelle wird durch folgende Paraphrase deutlich werden. „Wenn ein Minderjähriger wegen Verletzung beim Verkaufe eines Grundstücks die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat, und der Richter in Gefolge derselben erkannt hat, daß dem Minderjährigen das Grundstück restituirt werden, der Minderjährige aber auch das Kaufgeld dem Käufer zurückgeben solle; so kann derselbe, wenn ihn nachher die Restitution gereuet, den Käufer, sofern dieser etwa ex causa iudicati gegen ihn auf die Zurückgabe des Kaufgeldes klagen sollte, mit einer *exceptio utilis* zurückweisen, weil es jedem frey stehen muß, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht.“ Soweit haben auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 41. pag. 632. unsere Gesetzstelle. *Μεταπειλάμενος*, heißt es daselbst, ὁ ἀρθρῶς ἀνοικιστῶσαν, ἢ ἀπαγκάζεται

gesetzlicher Form als ungültig angefochten wird? Was hier von dem Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von

κατὰ τὸ ἀντιδικὸν αὐτῶ τοῖς ψευδοδείξιν ἐπιπέ-  
 ναι. ἔστι γὰρ ἐκαστῶ τῶν εἰσενηρευμένων ἕκασ-  
 τῶν κατὰ τὸν νόμον. i. e. Minor, qui poenitentia  
 actus, wie Fabrotus übersetzt, *restitutione in integrum  
 impetrata uti non vult, cogi ab adversario non pot-  
 est stare rebus iudicatis; unicuique enim licet con-  
 temnere haec, quae pro se introducta sunt.* Schade,  
 daß der letzte Theil unserer Gesetzstelle, welcher gerade der  
 schwerste ist, in den Basiliken fehlt. Er besteht in  
 den Worten; *Nec queri poterit venditor — si minor  
 auxilium Praetoris non implorasset.* Der Sinn dieser  
 dunkeln Stelle läßt sich vielleicht durch folgende Paraphrase  
 aufklären. „Keinesweges aber (*nec i. e. non autem*) ist  
 es dem Verkäufer (dieser ist hier unstrittig der Minder-  
 jährige) erlaubt, abermals seine Gesinnung zu ändern,  
 and wenn ihn der Kauf wieder gereuet, von neuen die  
 Restitution zu suchen, (das heißt hier *queri*) nachdem es  
 dem Kauf, auf dessen Rescission der Käufer geklagt hatte,  
 durch die demselben entgegengesetzte Einrede wieder gehal-  
 ten wissen wollte, so daß nun der Kauf zum zweyten Male  
 wieder aufgehoben werde, weil er ja durch das Decret des  
 Prätors, wodurch der Kauf, wegen der dem Käufer entge-  
 gegengesetzten *exceptio utilis* wieder war für gültig erklärt  
 worden, in den Zustand restituirt worden ist, in welchen  
 er sich selbst (nämlich durch die dem Käufer, welcher zur  
 Restitution des Grundstücks bereit war, entgegengesetzte  
*exceptio utilis*) gesetzt hat, und in welchem die Sache  
 ohnehin hätte unverändert bleiben müssen, wenn der Min-  
 derjährige nicht. (d. h. wenn nicht der Verkäufer wegen sei-  
 nes minderjährigen Alters) die Wiedereinsetzung in den vo-  
 rigen Stand gesucht hätte. Diese kann ihm nun aber darum  
 nicht mehr ertzeilt werden, weil Niemand aus einem und  
 demselben Grunde zum zweyten Male vom Prätor restituirt  
 wird.“ *PANOR. Sentent. Rescript. Lib. 1. Tit. 7. §. 3. et*

seinem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Die Frage ist streitig. Einige <sup>14)</sup> gehen von dem Grundsatz aus, daß bey Personen, die nicht selbst veräußern, und sich verbindlich machen können, wie nun diejenigen sind, welche unter der Vormundschaft stehen, in zweifelhaften Fällen immer vermuthet werden müsse, daß die Veräußerung ungültiger Weise geschehen sey. Sie meinen daher, dem Käufer sey immer der Beweis der Gültigkeit aufzulegen, und dieß sey nicht nur den Gesetzen, sondern auch den allgemeinen Regeln der Beweisführung gemäß. Alle berufen sich auf den Ausspruch des Gajus <sup>15)</sup>: *Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emisse.* Sie sagen ferner, der Käufer müsse die förmlich geschehene Veräußerung um so mehr beweisen, da er sie behaupte, und Förmlichkeiten, als eine Thatfache, nicht vermuthet werden könnten. Allein nach der richtigern Meinung ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob gegen den Minderjährigen auf Erfüllung der Veräußerung geklagt wird, oder ob der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Im ersten Falle ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln, daß dem Kläger der Beweis obliege, daß das Geschäft

*Tit. C. Si saepius in integr. restitutio postuletur.*

(II. 44.) S. HAASE cit. Commentat. P. II. pag. 22. sqq.

- 16) Bartholom. CRESIUS *Pisan.* Interpretation. iuris. Lib. II. Cap. 17. nr. 9. pag. 91. (*Liburni 1657. f.*) Jo. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 11. Octav. SIMONCELLUS Tr. de decretis caeterisq. Solemnitatib. in contract. minorum adhibend. Lib. III. Tit. 7. Inspect. 3. pag. 422. Sam. de COCCATI iur. civ. controvers. P. II. h. t. Qu. 2. pag. 253. sq. Mich. Henr. GRIBNER Opusc. iur. Tom. V. Sect. II. §. 4. pag. 28. n. 2.

- 17) L. 13. §. 2. *D. de public. in rem act.*

mit dem Minderjährigen in gültiger Form geschlossen worden sey. Denn wer aus der Handlung, deren Formlichkeit bestritten ist, ein Klagerrecht geltend machen will, welches ihm sonst gar nicht zustehen würde, muß natürlich die geschehene Beobachtung der Form beweisen. Sein Klagerrecht hängt ja davon ab, daß die Handlung, woraus er dasselbe ableitet, gültig sey. Sie ist aber anders nicht gültig, als wenn sie in der gehörigen Form geschehen ist. Dieß muß also auch nothwendig der Kläger darthun <sup>18)</sup>. In dem andern Falle hingegen hat der Pflegbefohlene, wenn er die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen bezubringen, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll, und zwar ohne Unterschied, es werde die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets selbst, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht aus folgenden Gesetzstellen ganz klar hervor.

*L. 1. §. 2. D. h. t. Verb. Oratoris: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori.*

*L. 5. §. 15. D. h. t. ULPIAN. lib. XXXV. ad Edictum. Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei*

18) S. Adolph. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Nr. 32. S. 287. ff. Repom. Borst über die Beweislast im Civilproceß S. 69. S. 113. f. Albr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 761. am Ende. (3. Ausg.) Anderer Meinung ist (Car. Jul. Mono VALERT im ausführl. Lehrbuche des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 908. S. 166.



actionem? Et magis est, ut et in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

*L. 5. C. de praediis et aliis rebus minor. (V. 71.)* Imp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. Sereno, Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. PP. III. Kal. Maii, SEGULARI II. et DONATO Cons. 261.

*L. 2. C. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit. (V. 73.)* Imp. GORDIANUS A. Crispinae. Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt: conveni earum possessorem, ut si ita probaveris gestum, et possessio retrahatur, et fructus universi revertentur, si non bona fide emptorem fuisse, qui emit, constiterit. Dat. XVI. Kalend. \* GORDIANO A. II. et POMPEIANO Cons. 241.

Gegen so bestimmt für diese Ansicht sprechende Gesetze können nun die Gründe der entgegengesetzten Meinung in keine Betrachtung kommen, sie verdienen daher auch keine Widerlegung. Die Hauptstelle, worauf man sie zu gründen sucht, nämlich die *L. 13. §. 2. D. de public. in rem act. (VI. 2.)* kann gar nicht einmahl hierher gezogen werden. Denn sie ist von Gajus, der die Oratio SEVERI gar nicht mehr erlebt hat, sondern wahrscheinlich unter dem Kaiser Commodus starb, seines libri ad Edictum provinciale aber gegen das Ende der Regie-

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 61

rung des Kaisers Antoninus Pius geschrieben hat <sup>19)</sup>, mithin in der angeführten Stelle wohl nicht an das Senatusconsultum, von dem die angeführten Gesetze sprechen, denken konnte. Es steht überdem der Ausspruch des Gajus den angeführten Gesetzen gar nicht entgegen. Denn Gajus spricht, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, wo derjenige, welcher eine Sache von einem Pupillen gekauft hat, die actio publiciana gegen einen dritten Besitzer anstellen will. Hier muß freylich der Käufer zur Begründung seiner Klage beweisen, daß er die Sache in rechtlicher Form erworben habe, weil er ja sine tutoris auctoritate die Sache nicht bona fide gekauft, und also kein prätorisches Eigenthum erworben hätte <sup>20)</sup>. Eben so wichtig sind die übrigen Gründe der entgegengesetzten Ansicht, wie schon von andern gezeigt worden ist <sup>21)</sup>. Die neuern Rechtsgelehrten <sup>22)</sup> sind daher fast durchgehends mit mir einverstanden.

19) G. DITTMAR Diss. de nomine, aetate etc. Gaji Icti Rom. pag. 146.

20) L. 27. D. de contrah. emt. L. 9. C. pro emptore. (VII. 26.) G. WENCK Praefat. ad Tom. II. Opusculor. HAUBOLDI pag. 30.

21) G. Weber a. a. D. S. 290. ff.

22) J. H. BOHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 525. Günth. Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. Th. Nr. VII. §. 9. und §. 10. S. 167—171. von Löhr kurze Bemerkungen. Nr. 9. im Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgeb. herausgeb. von Carl v. Grolman und Egid. von Löhr. 3. B. S. 514—517. Darbelow Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 578. Chr. Frid. MÜLLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 330.

## Folgen der vernachlässigten gesetzlichen Form.

Da die Frage, wie es mit dem Beweise zu halten sey, eigentlich nur denn erst zur Sprache kommt, wenn die Veräußerung als ungültig angefochten wird; so ist nun noch von den Folgen zu handeln, wenn bey Veräußerung von Gütern der Pflegbefohlenen, oder von Grundstücken solcher Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erhalten haben, gegen die gesetzliche Form auf irgend eine Weise gefehlt worden ist, es sey nun, daß die Veräußerung ohne ein obrigkeitliches Decret vorgenommen, oder daß das Decret ohne vorhergegangene pflichtmäßige Untersuchung, oder ohne eine gesetzmäßige Ursache ertheilt, oder dasselbe durch falsche Vorstellungen erschlichen, oder von den Vormündern bey der Veräußerung nicht genau befolgt worden ist, oder, wenn auch die äussere Förmlichkeit beobachtet worden, die Veräußerung doch darum nicht gelten kann, weil sie in einer bloßen Schenkung besteht. In allen diesen Fällen erklären die Gesetze die geschehene Veräußerung jedoch nur zum Vortheil des Pflegbefohlenen, für nichtig<sup>23)</sup>, so daß es nicht einmal einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfen soll<sup>24)</sup>. Dem

in fin. und von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. (3. Auflage).

23) L. 5. §. 15. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 4. L. 5. L. 8. L. 10. L. 11. L. 15. et 16. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 3. C. Si maior. fact. VOLT Comm. h. t. §. 9. Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9 et 17. und Hald. ab EYBEN Diso. iurid. de decreto de alienando. Th. 50. et 31. (Scriptor. pag. 576.)

24) L. 2. C. de praed. et al. reb. minor. Imp. GORDIANUS

Pflegbefehlhen bleibt daher sein Recht und Eigenthum, und er kann das Veräußerte nicht nur von jedem Besitzer abfordern, sondern auch den Vormund auf Entschädigung belangen.

*L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor.* Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Mithridati.* Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consequutus es, id mutuo restituere debes. PP. XV. Kal. Maii SECULARI II. et DONATO CONSS. 261.

*L. 8. C. eodem.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIANUS. AA. *Theodotae.* Praedia rustica, quae contra Senatusconsultum data esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit: cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est. PP. III. Non. Novembr. DIOCLETIANO et ARISTOBOLO CONSS. 285.

*L. 11. C. eodem.* Impp. iidem AA. *Trophimo.* Si quidem sine decreto minor annis patronus tuus rusticum praedium venundedit: supervacuum est de vili pretio tractare, cum Senatusconsulti aucto-

*Clearcho et aliis.* Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt sine decreto.

ritas retento dominio alienandi viam obstraxerit.  
S. XII. Kal. Decembr. ipsis AA. Conss.

L. 15. C. eodem. Iidem AA. Sabinae. Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti: dominium a te discedere non permittit Senatusconsulti auctoritas. Dat. VIII. Kal. Decembr. CC. Conss.

L. 16. C. eodem. Iidem AA. et CC. Eutichiae. Si praedium rusticum vel suburbanum, — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti: *secundum sententiam Senatusconsulti dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, conditionem competere constitit.* Emtor autem si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tantummodo potest. Dat. VI. Id. Aprilis Anchialo, CC. Conss.

Daß dem Pflegebefohlenen eine doppelte Klage zustehet, eine Realklage gegen jeden Besitzer der widerrechtlich veräußerten Sache auf Restitution derselben, und eine persönliche auf Entschädigung gegen den Vormund, welcher die Veräußerung vorgenommen hat, sagt Ulpian L. 5. §. 15. h. t. ausdrücklich. Es heißt daselbst nach der richtigen Lesart:

Et magis est, ut et <sup>21)</sup> in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

Ob nicht auch, ohne die gesetzliche Form, durch die

25) Dieses *et* steht nicht in der florentinischen Ausgabe. Ger. Noone Comm. ad Dig. h. t. §. Porro ait Oratio. (Opp. Tom. II. pag. 588.) meint daher, die *actio in rem* sey die Klage, welche in den Worten der Oratio SEVERI: *manente pupillo actione*, angedeutet werde, und welche auch dem Geist der Oratio am besten entspräche, weil sie wolle, daß die Veräußerung nichtig sey, indem sie befiehlt, daß dem Pupillen seine Rechte verbleiben sollen. Auch H. von Berg in den angeführten jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen, 1. Th. Nr. VII. §. 9. S. 168. sagt, die Gesetze hätten der Realklage den Vorzug gegeben. Er liest daher: *et magis est, ut in rem detur, non in personam adversus tutores vel curatores.* Allein das *tantum* findet sich in allen Ausgaben, das *et* aber in vielen, z. B. bey Salpander, Miräus, Merlinus, Baudouin und in mehreren anderen Ausgaben, und diese Lesart wird besonders durch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 11.* Tom. V. FABROTI pag. 127. bestätigt, wo es heißt: *Εάν συναρπαγή ὁ Πραιτωρ, ἔχει ὁ νεός οὐ μόνον τὴν προσωπικὴν κατὰ τῶν κηδεμόνων, ἀλλὰ καὶ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴν.* i. e. *Si obreptum Praetori fuerit, pupillas non tantum in personam adversus tutores actionem habet, sed et in rem.* Von der Entschädigungsklage gegen den Vormund s. die *L. 6. C. Arbit. tut. (V. 51.)* Hätte der Vormund durch falsches Vorgeben das Decret arglistig zu erschleichen gewußt, so kann er noch außerdem bestraft werden. *L. 9. D. h. t. §. VOLT Comm. h. t. §. 10.* Die Realklage kann nach der verschiedenen Art der Veräußerung nicht bloß die Eigentümersklage, *rei vindicatio*, oder *actio publiciana*, sondern auch die *actio confessoria*, *negatoria* und *hypothecaria* seyn. S. Jo. SCHMIDT Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 205.

Veräußerung des Pflēgbefohlenen Nutzen befördert worden sey, kommt nicht in Betrachtung. Denn die Beobachtung dieser Form ist zur Sicherheit der Minderjährigen und Pflēgbefohlenen nothwendig, und ihr Mangel allein berechtigt den, dessen Eigenthum veräußert worden ist, diese Veräußerung als nichtig anzufechten, ohne daß es sonst irgend eines weitern Beweises von einem dadurch erlittenen Nachtheil bedürfte. Dieser Beweis ist nur dann nöthig, wenn gegen eine gültig geschehene Veräußerung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird <sup>26)</sup>).

Da, wegen der Nichtigkeit der Handlung, der Pflēgbefohlene seine Rechte behält, eben so als wäre gar keine Veräußerung vorgegangen; so kann er auch das veräußerte Grundstück mit den Früchten vindiciren, oder wenn diese nicht mehr vorhanden seyn sollten, mit einer Condition deren Ersatz fordern. Er muß aber auch das empfangene Kaufgeld mit den Zinsen erstatten, jedoch mit dem Unterschiede, daß, soviel die Früchte betrifft, der *ma-lae fidei possessor* alle, auch die consumirten Früchte, der *bonae fidei possessor* aber nur diejenigen Früchte restituirt, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden sind <sup>27)</sup>. Der Pflēgbefohlene hingegen muß, ohne diesen Unterschied, das Kaufgeld mit den Zinsen in so weit vergüten, als es in sein Vermögen verwandt worden, und also derselbe durch den Handel bereichert ist, z. B. wenn mit dem Kaufgelde Schul-

26) *L. 2. L. 11. C. de praed. et aliis reb. minor.* C. POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. und von Berg jurist. Beobachtungen. 1. Th. Nr. VII. §. 8. C. 165.

27) *L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.* und *L. 2. C. Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparav.* (V. 73.) C. VOET h. t. §. 10. und Jo. a SANDE cit. Tract. P. I. Cap. I. §. 6. N. 81. et 82.

den des Pflegbefohlenen bezahlt, oder Capitalien angelegt, oder andere nützliche Sachen gekauft worden sind<sup>28)</sup>. Denn die Gesetze halten es für unbillig, sich mit fremden Verlust einen Gewinn zu verschaffen<sup>29)</sup>. Der Unterschied, den auch hier einige<sup>30)</sup> zwischen einem bonae und malae fidei emtor machen wollen, wenn sie behaupten, daß letzter, weil er wissentlich gegen das gesetzliche Verbot gekauft hat, das Kaufgeld verliere, und die Sache unentgeltlich herausgeben müsse, ja sich auch nicht einmal mittelst einer Einrede wegen gemachter Meliorationen und anderer nöthiger Verwendungen eines Retentionsrechts bedienen könne, ist ungegründet, da die Gesetze den Pflegbefohlenen

28) *L. 10. C. de praed. et aliis reb. minor. Impm. DIOCL-  
TIANUS et MAXIMIAN. AA. Grato. Praediorum, quae  
sine decreto alienata sunt, dominium tibi persequenti,  
Praeses opem feret, apud quem si illuxerit, non uni-  
versa pretia, quae curatori tuo data sunt, in patrimo-  
nium tuum processisse, pro ea dantaxat pecuniae  
parte conveniri te permittet, quam in facultatis tuae  
erogatam esse constiterit. S. VII. Id. Augusti ipsis  
AA. Conss. Man verbinde damit die schon oben vorge-  
kommenen *LL. 14. et 16. Cod. eodem. S. VORT c. I.  
§. 10.* und *a SANDE cit. loc. nr. 83.**

29) *L. 13. in fin. D. h. t.* Hier sagt Paulus: doli excep-  
tionem ob stare, si lucrum captet pupillus ex damno  
alieno. Man s. auch *L. 14. D. de cotract. iudob.  
(XII. 6.)*

30) *Huld. ab EYSEN Disc. iur. de decreto in alienand. mi-  
nor. reb. necess. Th. XXXI. (Scriptor. pag. 377.) Ge.  
Ad. STRUV Synt. iuris civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 85.  
Henr. HAHN Observat. th. pract. ad Wesenbecii Dig.  
P. II. h. t. Nr. V. pag. 247. Ant. PERRON Praelect. in Cod.  
Lib. V. Tit. 71. nr. 11. et 12. Octav. SIMONCELLUS de  
decretis Lib. III. Tit. 7. nr. 23. pag. 414. u. m.*



schlechthin verbinden, daß, was er von dem Eigentheile für seine Sachen erhalten, soweit dieses in seinen Nutzen verwendet worden ist, zu erstatten. So rescribten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Mithridat.<sup>31)</sup>

Sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes.

Und Paulus sagt *libro singulari ad orationem divi Severi*<sup>32)</sup>: Quamquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare praedium possit, si tamen, ut PAPINIANUS *libro quinto Responsorum* ait, errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti doli non inutiliter opponetur exceptio, pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non potuerit. Ego autem notavi: et si solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuerat, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.

Nur dann setzt der Pflegbefohlene das Kaufgeld nicht, wenn er keinen Nutzen davon gehabt hat, wie Modestinus *libro VI. Responsorum*<sup>33)</sup> sagt:

Pretium fundi ab adolescente venundati, si rationibus eius non profuit, emtorem frustra postulare.

31) L. 4. §. C. de pactis et aliis vob. minor.

32) L. 1. §. D. de t. r.

33) L. 3. §. 1. §. D. de adm. et p. d. d. r.

Wit. Recht wird daher jener Unterschied von den andern Rechtsgelehrten verworfen<sup>34)</sup>. Man führt zwar zum Beweis desselben verschiedene Gesetze an, nämlich die *L. 7. C. de agricolis, censitis et colonis*: (XI. 47.) und *L. 1. C. de praediis curialium sine decreto non alienandis*, (X. 33.) nach welchen den Käufer das Kaufgeld verlieren, und der Verkäufer solches nicht ersetzen darf. Allein beide Gesetze gründen sich auf besondere Verhältnisse, welche bey der Veräußerung der Güter der Pflegebefohlenen durchaus keine Analogie darbieten können. Das erste Gesetz spricht von römischen Colonen, welche durch ihre Geburt an den Boden des herrschaftlichen Gutes unauflöslich gebunden waren, den sie auf eigene Rechnung bauten; und dafür Früchte oder Geld abgaben. Diese konnten zwar mit dem Grundstück, zu welchem sie gehörten, unbedingt, aber ohne dasselbe durchaus nicht veräußert werden. Es war daher weder dem Gutsherrn erlaubt, den Colonen vom Gute zu trennen, noch das Gut zu veräußern, und den Colonen zurückzubehalten. Ein solcher Verkauf war nichtig, der Verkäufer konnte das Veräußerte zurückfordern, und der Käufer verlor das Kaufgeld. Es

34) G. Jac. Cujacius Paratitl. in Lib. V. Tit. 71. in fin. C. de praed. et al. reb. minor. Jo. Jac. Wissovius Comment. in Cod. ad L. 14. C. de praed. et al. reb. min. pag. 501. Jo. Voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin. Ger. Noort Comm. ad Dig. h. t. §. Fereeram. Opp. Tom. II. pag. 588. Ben. Carpzov P. II. Const. XI. Def. 29. nr. 6. Jo. a Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 83. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. Rat. Müller ad Struviam P. II. Exercit. XXXI. Th. 85. not. 2. Jul. Frid. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 684. in fin. pag. 816 4. a.

war hier aber das öffentliche Interesse, welches jene besondern Beschränkungen veranlaßte, und dieses Interesse bestand hauptsächlich in der policeylichen Sorge für Landescultur, die man durch Begünstigung dieses Verhältnisses vorzugeweise zu befördern glaubte, wie Herr von Savigny<sup>35)</sup> mit der ihm eignen tiefen Gelehrsamkeit ausgeführt hat. Wenn nun hiernächst das andere Gesetz verordnet, daß die *praedia vel rustica vel urbana deducionum* nicht ohne eine Ursache der Nothwendigkeit, und nicht ohne richterliche Genehmigung veräußert werden sollen, widrigenfalls der Käufer das Grundstück mit den Früchten restituiren, das dafür bezahlte Kaufgeld aber verlieren soll; so bezieht sich dieses auf die besondern Verhältnisse und Beschwerden, denen die *Decurionen* bey den Römern unterworfen waren, und zu deren Bestreitung die Güter derselben mit aller möglichen Strenge erhalten werden mußten<sup>36)</sup>. So gut nun in beyden Gesetzen den Käufern der Verlust des Kaufgeldes ist angedrohet worden, so gewiß würde es auch bey der Veräußerung der Güter der *Pflegbefohlenen* geschehen seyn, wenn es der Wille der Gesetze gewesen wäre.

Ob übrigens, und wie weit das Kaufgeld in den Nutzen des *Pflegbefohlenen* verwendet worden ist, hat im

35) Ueber den Röm. Colonat; in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. VI. Nr. IV. S. 285. ff.

36) G. Jac. GORNOFARDI Commentar. ad L. 1. et 2. Cod. Th. de praediis et mancip. curialium sine decreto non alienand XII. 3. (Tom. IV. Cod. Theod. a RITTERO editi. pag. 559. sq.) und Frid. ROHM de re municipali Romanor. Lib. II. cap. II. §. 14. pag. 80. sq.

mer der Käufer zu beweisen, welcher die Erstattung derselben verlangt<sup>37)</sup>.

Die Gesetze geben deswegen dem Käufer oder Besitzer eine *doli mali exceptio*<sup>38)</sup>, mittelst welcher er die Sache solange retiniren kann, bis er wegen des Kaufgeldes befriediget worden ist. Er kann aber auch, wenn er sich dieses Rechtsmittels nicht bedient hat, das ihm schuldige Kaufgeld mittelst einer Klage, der *condictio sine causa* oder *indebiti*, zurückfordern<sup>39)</sup>. Daß auf eben die Art auch die Meliorationskosten dem Käufer oder Besitzer vergütet werden müssen, haben die Kaiser Diocletian und Maximian<sup>40)</sup> rescribirt; und hat der Vormund auf den Evictionsfall aus seinem eignen Vermögen Pfänder gegeben, so kann sich der Käufer auch an diese halten<sup>41)</sup>.

Wie wenn die auf eine nichtige Art veräußerte Sache des Pflegbefohlenen zu Grunde gegangen ist? Hier meint Lauterbach<sup>42)</sup>, der Käufer müsse den *casum* tragen,

37) *L. 10. L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.*  
 G. SIMONCELLUS de decretis. Lib. III. Tit. 7. Insp. I. nr. 20. pag. 411. sq. Ant. PEREZ Praelect. in Cod. ad Tit. 71. Lib. V. n. 13. Jo. VOBT h. t. §. 10. in fin. Just. MERIA Colleg. argentorat. T. II. h. t. §. 13. in fin. Hald. ab EYSEN Diss. cit. Th. XXXI.

38) *L. 14. L. 16. in fin. Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

39) *L. 10. C. de praed. et al. reb. minor.* G. die Not. 28. VOBT h. t. §. 10. und MALBLANC Princ. iuris Rom. P. III. §. 684. in fin.

40) *L. 16. in fin. C. eodem.*

41) *L. 9. C. eodem.*

42) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 17.

der *Pflegbefohlene* könne also hier den *Werth* verlangen. Sein Grund ist, weil die *Veräußerung* nur zum *Vortheil* des *Minorjährigen* nichtig sey, ihm verbleibe daher das *Eigenthum* bloß darum, um die *Sache* vindiciren zu können, sie gehe aber dem *Käufer* zu Grunde. Allein daß die *Gesetze* nur zum *Vortheil* des *Pflegbefohlenen* die *Veräußerung* für nichtig erklären, bezieht sich bloß darauf, daß wenn der *Pflegbefohlene* den *Handel* gehalten wissen will, der *Käufer*, wenn ihn vielleicht derselbe gereuet, solchen nicht unter dem *Vorwand* nicht beobachteter *Form* anfechten kann. Mehr will auch der von ihm angeführte von *Sande* <sup>43)</sup> nicht sagen. Uebrigens ist nicht abzusehen, warum die *allgemeinen Grundsätze* von der *praestatio casus* bey der *Reivindication* nicht auch hier anwendbar seyn sollten <sup>44)</sup>.

#### §. 1389.

Fälle der *Convalescenz* einer ungültigen *Veräußerung* von *Gütern* der *Pflegbefohlenen*.

Eine nichtige *Veräußerung* kann jedoch auf mancherley Art *Gültigkeit* erlangen <sup>45)</sup>, nämlich 1) wenn der *Pflegbefohlene* nach *beendigter Vormundschaft* das während derselben *vorgegangene Geschäft* bestimmt *genehmiget*, welches sowohl *ausdrücklich*, als *stillschweigend* durch *Handlungen* geschehen kann, die eine *gültige Anerkennung* der gesche-

45) *Decision. Lib. II. Tit. IX. Def. 15.* Man vergl. auch Desselben *Tract. de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 7. nr. 114.*

44) *S. den 8. Th. dieses Commentars. §. 588. S. 229. ff.*

45) *S. Jo. a SANDE de prohibita rer. alienat. P. I. Cap. 1. §. 6. nr. 84 — 100. und Aug. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. pag. 556. sqq.*

benen Veräußerung voraussetzen. 3. B. wenn der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit das ungültig, von demselben Grundstück pachtet, oder das noch rückständige Kaufgeld erhebt <sup>46)</sup>. Es setzt aber eine solche Ermächtigung voraus, daß der maior factus von allen Umständen der ungültig geschienenen Veräußerung, unterrichtet gewesen seyn müsse <sup>47)</sup>.

2) Wenn der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit die Veräußerung binnen der gesetzlich bestimmten Zeit anzufechten unterlassen hat. Nach den Bestimmungen vom Kr. Gordianus *L. 1. C. Si quis ignorans rem minoris esse.* (V. 73.) und *L. 2. C. Si maior factus alienat. factam sine decreto rat. hab.* (V. 74.) war der Käufer in gutem Glauben nach Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit gesichert. In der angeführten *L. 2. C.* heißt es:

*Si sine decreto Praesidis praedia tua a tutore tuo alienata sunt; nec speciali confirmatione, vel, si bona fide possessor fuisset, statuti temporis excursu id quod perperam est actum, fuerat stabilitum, Praeses provinciae possessionem in ius tuum retrahet. Dat. VII. Kal. Jan. Pio et PONTIANO Cons. 239.*

Eben so nach den Bestimmungen von Diocletian und Maximian *L. 3. et 4. C. Si quis ignorans*

46) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. und LEYER cit. loc. mediet. 5. et 6.

47) *L. 1. C. Si maior. fact. alienat. fact. ratam hab.* S. LEYER cit. loc. mediet. 5 — 8. und a SANDE c. 1. nr. 84 — 87.

*rem mananis esse.* In der L. 3. rescribiren die Kaiser an die Agatha.

Possessiones tuae rusticae vel suburbanae, sine cognitione causae, et interpositione decreti contra Senatusconsultum alienatae, nec a secundo emtore recte tenentur: nisi statutum temporis spatium intercesserit. Dat. Idib. Februarii Nicodemiae CC. Conss.

Daß das *statutum tempus* in diesen Gesetzen das *longum tempus praescriptionis* sey, ist keinem Zweifel unterworfen <sup>48</sup>).

Allein in einer von Peyron neu gefundenen Constitution des Kaisers Constantinus an den Severus Praef. urb. <sup>49</sup>) ward verordnet, daß der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit nur noch binnen einer Jahresfrist die ungültige Veräußerung sollte anfechten können, welche Zeit wohl nach der Analogie der Restitution von Constantin war bestimmt worden. Die Constitution selbst ist folgenden Inhalts:

48) S. Unterholzner's ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 1. Bd. S. 35. Not. 126. S. 131. (Leipzig 1828.) Diese Erklärung bestärken auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 65. pag. 659. wo die Worte der L. 2. C. cit. *statuti temporis excursu* so gegeben sind: μηδὲ διὰ χρονίας χρήσεως κυρίας ἐκτήσατο τὸ πρᾶγμα ὁ ἀγοραστὴς καλῆ πίστει. i. e. *neque emtor bonae fidei rem longo tempore possiderit.*

49) Sie befindet sich in *Car. Frid. Christ. WENCK* *libris quinque priorib. Cod. Theodos. Lib. III. Tit. 21. (olim XXXII.) de praed. minor. sine decreto non alienand. Const. 1. pag. 196. sq. (Lips. 1825. 8)*

Minores, qui intra viginti quinque annorum aetatem sunt, praedium vel mancipium rusticum sine decreti interpositione alienatum, etiam non petita in integrum restitutione, poterunt vindicare: ita ut, si, hac lege proposita, tale tempus ad metas vicesimi et quinti anni supererit, ut coepta lis intra eiusdem anni finem terminari non possit, inchoata lis possit protendi. Sed et hi, quos eadem lex, exacto vicesimo et quinto anno, intra viginti et sex annos deprehenderit, inchoare petitiones suas non morentur, quoniam usque ad vicesimum et sextum annum ita inchoatae litis tempora concluduntur. Qui igitur post hoc tempus agere tentaverit, expellatur, ut iam certus securusque possessor sit. Dat. xv. Kal. Jan. Serdicae PROBIANO et JULIANO Coss. 322.

Nach Ablauf des sechs und zwanzigsten Jahres sollte also dem Minderjährigen keine Klage mehr zustehen, sondern der Besitzer gegen alle weitere Anfechtung gesichert seyn. Wahrscheinlich erfolgten nachher, da selbst die Restitutionszeit erweitert wurde, fernere Erweiterungen, die aber zuletzt durch Justinians neuere Verordnung beseitiget, nicht auf uns gekommen sind<sup>50)</sup>. Diese neuere Verordnung ist die *L. 3. Cod. Si maior factus*. (V. 74.) deren Worte folgende sind:

Imp. JUSTINIANUS A. Mennae P. P. Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum cu-

50) E. Schraders neu entdeckte Quellen römischer Rechtskunde, in der Tübing. kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 1. Bd. 1. Heft. (1826.) S. 166. f.



*ram excedentium* res alienantur, vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores proveci, longo silentio querelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio, vel suppositio *diuturno silentio* roboretur: certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, *si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est, post vigintiquinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.* Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, *excepta propter nuptias donatione*, transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post vigintiquinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem quicquid donatore acquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit<sup>1)</sup>. Dat. Idib. April. Decio V. C. Cons. 529.

Justinian will also, daß wenn Güter der Minderjährigen, welche entweder noch unter der Curatel standen,

51) Man sehe über den Sinn dieser letzten Worte die Note g. S. 53. SPANGENBERG not. 14. ad h. L. Tom II. Corp. iur. civ. pag. 529. versteht sie jedoch mit Cujacius von einem minderjährigen Erben, welcher Erbe eines Minderjährigen geworden ist.

der *veniam aetatis* erlangt hatten, ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert oder verpfändet worden sind, und die Veräußerung oder Verpfändung von dem Minderjährigen nicht binnen fünf Jahren, von Zeit der erlangten Volljährigkeit an gerechnet, aus dem Grunde vernachlässigter Form angefochten worden ist; dieselbe durch ein solches fünfjähriges Stillschweigen nun ihre vollkommene Gültigkeit erhalten haben solle, und zwar rückwärts, als wenn die Veräußerung oder Verpfändung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden<sup>12)</sup>. Bestände hingegen die Veräußerung in einem Verschenken von Grundstücken eines Minderjährigen, welche auch nicht einmal mit obrigkeitlicher Genehmigung gültig hätte vorgenommen werden können, so soll eine solche Schenkung durch Verjährung anders keine Gültigkeit erhalten, als wenn der Minderjährige in zehn Jahren *inter praesentes*, und in zwanzig Jahren *inter absentes* die

52) Ueber diesen Gegenstand werden folgende Schriften angeführt: *Jo. Pat. SCHMIDT* Diss. de vindicatione rerum popillarum ad quinquennium restricta. *Rostochii* 1741. *Nic. BINDBA* Diss. de praescriptione quinquennii circa res minorum sine decreto alienatas. *Tubingae* 1808. 8. und *L. W. de WBYHE* Diss. de tempore praescriptionis ex alienatione rerum, quae minorum sunt. *Gostting.* 1810. 4. Ich habe aber keine derselben zu erhalten, und zu benutzen das Glück gehabt. Außerdem aber gehören noch hierher *Günth* *Heinr. von Berg* von der Zurückforderung veräußerter Pupillengüter; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. VII. S. 153 — 173. und *Gottfr. Phil. von Bülow* Beiträge zu der Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlner Personen. L. 5. C. Si maior fact. alienat. in den Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. Nr. X. S. 221 — 263.

selbe anzufechten unterlassen hat. Da hier eine Beschränkung der gewöhnlichen Verjährungszeit der Klagen Ausnahmeweise festgesetzt ist, folglich eine ausdehnende Erklärung nicht Statt finden kann; so gebietet schon dieser Grund, bey den Worten des Gesetzes stehen zu bleiben, und seine Anwendung in den Grenzen dieser von Justinian hier eingeführten besondern Verjährung zu beschränken. Es ist daher vor allen Dingen

1) zu bemerken, daß das Gesetz sich nur allein auf solche Veräußerungen bezieht, welche von Minderjährigen während der Pubertät geschehen sind. Auf Veräußerungen der Pupillengüter kann es daher nicht angewendet werden. Es erhellet dieß nicht nur daraus, weil von Pupillen in dem ganzen Gesetz gar keine Rede ist, indem es durchaus nur von *minoribus* spricht, daß aber unter diesen bloß *puberes* verstanden werden, beweist unwidersprechlich die beygefügte nähere Beschreibung derselben: *minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium*; sondern es geht dieses auch vorzüglich daraus hervor, weil ja von der Veräußerung der Pupillengüter schon die vorhergehende Constitution des Kaisers Gordian handelt, welche Justinian keinesweges hat aufheben wollen. Hier tritt also die gewöhnliche Verjährung ein, welche zur Zeit des Kaisers Gordian keine andere, als eine *longi temporis praescriptio* seyn konnte, und also unter der Bedingung eintrat, *si bona fide possessor fuisset*. wie es in der *L. 2. C. Si maior factus* heißt, weil man zu der Zeit das erst später aufgekommene Institut der dreißigjährigen Verjährung für alle persönliche und dingliche Klagen noch gar nicht kannte<sup>53)</sup>. Diese Verjähr-

53) *L. un. C. Th. de action. certo temp. Anind. (IV. 14.)*

zung fing aber erst von dem Augenblick der erreichten Volljährigkeit zu laufen an, wie aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian an den Numidius, Corrector Italiae, erhellet.

*L. 3. C. Quib. non obicitur longi tempor. praescript. (VII. 35.)* Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, *longi temporis praescriptioni* non imputari: *ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit.*

Ganz richtig bemerkt daher Unterholzner<sup>54)</sup>, daß in der *L. 3. C. Si quis ignorans rem minoris esse (V. 73.)* bey den Worten: *nisi statutum temporis spatium intercesserit*, hinzugebacht werden müsse: exinde computandum, ubi tu ad legitimam aetatem pervenisti. Nach dem neuern Rechte würde nun die dreyßigjährige Verjährung eintreten, welche zwar während der Unmündigkeit des Pfliegbefohlenen nicht läuft, aber von dem Augenblick der erreichten Mündigkeit an, nicht länger als dreyßig Jahre dauert<sup>55)</sup>.

und *L. 3. Cod. Justin. de praescript. XXX. vel XL. annor. (VII. 39.)*

54) Ausführl. Entwickl. der gesamt. Verjährungslehre. 1. Band. S. 35. Not. 126. S. 121.

55) *L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni: nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervallo ser-*

Ich sage 30 Jahre. Denn die Meinung, daß den Unmündigen nur eine vierzigjährige Verjährung schade, ist ein nun schon gründlich genug widerlegter Irrthum<sup>56</sup>). Justinian verordnete nun zwar, daß in allen den Fällen, in welchen das ältere Recht temporales praescriptiones gegen Minderjährige gestattete, zum Nachtheile derselben keine dergleichen mehr laufen sollte<sup>57</sup>); das mit es nicht erst einer in integrum restitutio bedürfe, um die rechtlichen Nachtheile wieder aufzuheben, welche dem Minderjährigen durch den Ablauf der Verjährung erwachsen sind; allein auf die dreißig, und vierzigjährige Verjährung hat dieß keinen Einfluß, in Ansehung derselben soll es beym Alten bleiben, (videlicet exoeptionibus XXX. vel XL. annorum in suo statu remanentibus) und zwar pupillaris aetas, aber nicht die Minderjährigkeit (pubertas) derselben im Wege stehen.

Der Ansicht, daß unsere Constitution auf die vom Tutor vorgenommenen Veräußerungen der Pupillengüter

vanda vort. — *L. 7. C. eodem* — aut si aetas impubes excipienda monstretur.

56) Man vergleiche hier vorzüglich Unterholzner's angef. Verjährungslehre. 1. Bd. §. 35. S. 125—127. Friß über die Verjährung der Klagen der Minderjährigen und insbesondere der Unmündigen, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Carl von Grolman und Egid. von Löhr. IV. Bandes 2. St. Nr. XV. S. 284—297. und B. W. Pfeiffer's pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 1. Bd. (Hannover 1825. 4.) Nr. III. S. 19—22.

57) *L. 5. Cod. In quibus causis in integrum restitut. necessarias non est. II. 41.*

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 81  
nicht anzuwenden sey, stehen zwar die Basiliken<sup>58)</sup> entgegen, in welchen es heißt:

Ἐἴτε ἀνήβου, εἴτε ἀφήλικος, ἢ κουρατω-  
ρευομένου, ἢ αἰτήσαντος ἤδη συγγνώμην ἡλικίας,  
πρᾶγμα ἐξεποιήθη. i. e. Sive pupilli, sive minoris,  
vel adhuc sub curatore constituti, vel eius, qui  
iam veniam aetatis impetravit, res alienata sit.

Allein die Worte εἴτε ἀνήβου, sind eine Interpolation, wovon die L. 3. C. nichts enthält, und welche vielleicht denselben Irrthum zum Grunde hat, in den auch der große Cujaz verfiel, daß nämlich das longum tempus, oder, wie es eigentlich in der vorhergehenden L. 2. heißt, *statuti temporis excursus*, das tempus *quinque continuorum annorum* selbst, und also kein Unterschied sey, ob die Veräußerung während der Pubertät oder Impubertät des Pflegbefohlenen geschehen sey. Die Basiliken verdienen daher bey den ihnen entgegenstehenden Gründen hier keine Berücksichtigung. Viele<sup>59)</sup> sind indessen anderer Meinung, und stellen den Satz auf, die fünfjährige Präscription habe auch alsdann Statt, wenn Vormünder im Namen ihrer unmündigen Pflegbefohlenen Grundstücke derselben veräußert haben, ohne Beobachtung der gesetzlichen Form. Es widerlegt sich aber diese Meinung schon

58) Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 66. pag. 639.

59) Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 88. STRUV Synt. iur. civ. P. II. Exercit XXXI. Th. 86. Aemil. Lud. HOMBERGER zu VACH Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. Marb. 1745. Cap. II. §. 23. und von BERG jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 6. a. E. S. 162. Allein man sehe dagegen von BÜLOW angef. Abhandlungen. 1. Th. S. 256 — 258.

dadurch von selbst, daß das Gesetz von solchen Veräußerungen und Verpfändungen spricht, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat.

2) Die zur Vindication veräußelter Güter von Minderjährigen in unserm Gesetz verordnete fünfjährige Verjährung findet nur denn Anwendung, wenn die Veräußerung bloß wegen Mangels der obrigkeitlichen Genehmigung ungültig ist. Das Gesetz sagt ausdrücklich: *Si quando sine decreto minorum — res alienantur vel supponuntur; und nur occasione praetermissio- nis decreti* soll nach Ablauf des quinquennii die Veräußerung nicht mehr angefochten werden können, sondern eine solche Gültigkeit erlangen, quasi ab initio *legitimo decreto* fuisset res alienata vel supposita. Die fünfjährige Verjährung findet daher keine Anwendung a) wenn ein Minderjähriger, während er noch unter der Vormundschaft stand, ohne Zustimmung und Beyrath seines Curators, eine Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen hat, weil hier, auch von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung ganz abgesehen, schon der Mangel der vormundtschaftlichen Zustimmung die Gültigkeit hindert. Es ist also bey Anwendung unsers Gesetzes vorauszusetzen, daß der Minderjährige mit Zustimmung seines Curators gehandelt, oder veniam aetatis erhalten hatte, so daß es nur allein noch an der obrigkeitlichen Genehmigung fehlte, um der Veräußerung Gültigkeit zu verschaffen<sup>60</sup>). b) Wenn

60) L. 3. C. de in int. rest. minor. (II. 22.) Dieser Meinung war auch Accursius ad L. ult. C. Si maior. ad verb. *Minorum*, und schon vor ihm CINOUS, Jac. de ARENA und SALICETUS. Unter den neuern Dav. MEVIUS Decision. Tom. II. P. VIII. Decis. 372. Car. Christ. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672.

zwar ein Veräußerungsdecret ertheilt worden, aber bewiesen werden kann, daß solches durch Angabe falscher Ursachen, oder durch Verschweigung nöthiger Thatumstände erschlichen worden sey <sup>61)</sup>. Diesen Vorbehalt des Beweises enthält schon selbst das gesetzliche Veräußerungsverbot des Kaisers Severus, in welchem es heißt: *manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori* <sup>62)</sup>; und eben dieses bestätigen die Kaiser Valerianus und Gallienus in einem Rescript an den Severus <sup>63)</sup> folgenden Inhalts:

Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit*, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non yetaberis.

Da nun für diesen Fall vorzüglich eine actio in rem auf Zurückgabe des Veräußerten gegeben wird <sup>64)</sup>; so

not. d. Christoph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 166. S. 238. Adolph Diet. Weber Erläuterungen der Pandect. 2. Th. h. t. §. 1389. und Unterholzner in der ausführl. Entwickl. der gesammten Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43. f. Anderer Meinung sind jedoch Octav. SIMONCELLUS de decretis. Lib. III. Tit. 8. Insp. II. Cas. II. nr. 25. pag. 619. sq. und Jud. Thad. ZAUNER Introd. in ius Digest. P. I. Lib. II. Tit. 21. §. 5.

61) C. von Berg angef. Abhandlung §. 8. u 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 1. Th. S. 165. ff.

62) L. 1. §. 2. D. h. t.

63) L. 5. C. de praed. et aliis reb. minor.

64) L. 5. §. 15. D. h. t.



wird dieselbe nur erst durch die in diesem Falle auch bey Gütern der Minderjährigen eintretende Verjährung von dreyßig Jahren erlöschen.

3) Ob das Gesetz auch bey Veräußerungen Statt finde, welche von dem Curator allein, ohne Zuziehung des minderjährigen Pflegbefohlenen, vorgenommen worden sind, ist streitig. Bleibt man bloß bey den Worten stehen, so müßte die Frage verneinend beantwortet werden. Denn das Gesetz spricht bloß von Veräußerungen, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat. Aus diesem Grunde läugnen auch wirklich einige <sup>65)</sup> die Anwendung des Gesetzes auf jenen Fall. Allein warum sollte nicht eine vom Curator im Namen des Minderjährigen vorgenommene Veräußerung füglich eine von dem Minderjährigen vorgenommene genannt werden können? Der Eingang des Gesetzes beschränkt wenigstens den Fall, welcher der gesetzlichen Bestimmung zum Grunde liegt, keinesweges auf die selbsteigenen Veräußerungen der Minderjährigen, sondern spricht ganz allgemein:

Si quando sine decreto minorum, — res alienantur, vel supponuntur.

Heut zu Tage hat dieß um so weniger Bedenken, da die Vormünder gewöhnlich Alles allein thun, bis die Pflegbefohlenen die Großjährigkeit erreicht haben. Daher lassen Andere <sup>66)</sup> die fünfjährige Präscription auch

65) Jo. Balth. L. B. a WERNHER Select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 482. und Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 55. a C. C. 150.

66) STRUV Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. J. H. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 28. pag. 295. in fin. et sq. und Unterholzner Verjährungslehre. 2. B. §. 163. C. 43.

hier eintreten. Die mehresten <sup>67)</sup> schlagen jedoch einen Mittelweg ein, und meinen, es müsse der Minderjährige wenigstens von der Veräußerung unterrichtet gewesen seyn, weil das Gesetz von einem fünfjährigen Stillschweigen spricht, welches eine genaue Wissenschaft von allen Umständen der Veräußerung voraussetze. Allein dann würde ja das Quinquennium nicht von dem Moment der erlangten Volljährigkeit, sondern erst von Zeit der erlangten Kenntniß aller Umstände der Veräußerung zu laufen anfangen. Dieß behaupten auch wirklich diejenigen, welche diesen Mittelweg einschlagen. Sie wollen die fünfjährige Präscription nach den Grundsätzen der Genehmigung beurtheilt wissen. Ignorans autem ratihabere non intelligitur. Es kommt also nun noch

4) auf die Frage an, von welcher Zeit die fünf

67) *Ant. FABER* Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. Si maior. factus Def. 2. pag. 577. *Paul. MONTANUS* de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIII. nr. 571. *Octav. SIMONCELLUS* Tract. de decretis. Lib. III. Tit. IX. nr. 37. sq. pag. 625. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. ult. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. *MÜLLER* ad *Struvium*. Exerc. XXXI. Th. 86. not. 7. *Huld. ab EYBEN* Diss. de decreto alienandi. Th. 39 et 40. (*Scriptor.* pag. 378.) *Aemil. Lud. HOMBERGER* zu *VACH* Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Marburgi* 1745.) Cap. II. §. 24. *Jo. Ortw. WESTENBERG* Princ. iuris seo. ord. Dig. h. t. §. ult. *Car. Christ. HOFACKER* Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672. in fin. *Ge. Lud. Böhmer* auserles. Rechtsfälle. 2. Band. 2. Abth. Nr. 167. Qu. 2. nr. 20. S. 649. von *Wening-Jungenheim* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. 4. E. und *Carl Jul. Meno Balett* ausführliches Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Band. §. 908. S. 166.

jährige Präscription zu laufen anfangen? Das Gesetz sagt:

*Praecipimus, si per quinque continuos annos, post impletam minorem aetatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.*

Es kann wohl nichts so klar vor Augen liegen, als hier die gesetzliche Bestimmung, daß die zur Unfechtung der ungültig geschenehen Veräußerung festgesetzten fünf Jahre gleich vom Augenblick der eingetretenen Volljährigkeit an gerechnet werden sollen. Um keinen Zweifel übrig zu lassen, erklärt sogar der Gesetzgeber näher, was sich schon von selbst verstanden hätte, wenn diese Volljährigkeit eintrete, nämlich gleich nach dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre. Von einer auf Seiten des großjährig gewordenen Minderjährigen vorauszusetzenden und nothwendig erforderlichen Kenntniß der wahren Umstände der vorgenommenen Veräußerung, von welcher der Anfang der Berechnung jener fünf Jahre abhängen solle, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede. Daß auch darauf keine weitere Rücksicht genommen werden solle, hat der Gesetzgeber durch die Worte: *per quinque CONTINUOS annos* deutlich genug ausgesprochen. Denn ein *tempus continuum* ist ja eine solche Zeit, welche unaufhaltsam vom ersten bis zum letzten Tage fortläuft, und daher nicht nur mit dem ersten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe ihren Lauf beginnt, sondern auch von da

an unausgesetzt in einer steten Bewegung zum vorgestechten Ziele hinfließt, so daß keine factische Hindernisse, und also auch niemals Unkunde der Thatsache, wodurch die Klage begründet wird, auf einen solchen Zeitraum irgend einen Einfluß haben können<sup>68)</sup>. Ein solches tempus continuum findet nun besonders bey der Verjährung Statt<sup>69)</sup>, von welcher Justinian *L. ult. in fin. C. de praescript. longi temp. X. vel XX. annor. (VII. 33.)* ausdrücklich sagt: *nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio*, und von deren Ablauf sagen die Gesetze *actiones silentio traditas esse*<sup>70)</sup>, gerade so, wie es in unserer *L. 3.* heißt, ferner *actiones triginta annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem*<sup>71)</sup>. Der Ausdruck *silentium* ist also bey Verjährungen so gewöhnlich, daß sich daraus schlechterdings keine stillschweigende Ratihabition folgern läßt. Der unsterblich verdiente Just. Henn. Böhm er hatte schon dieselbe Ansicht, und hat solche auch mehrmals in seinen practischen Arbeiten zur Anwendung gebracht. Er sagt nämlich in seinem rechtlichen Gutachten und Erkenntnissen<sup>72)</sup>, „daß quinquennium fängt schlechterdings *post viginti quinque annos*;

68) *L. 8. D. de his, qui notant. infam.* wo Ulpian sagt; *tempus continuum merito et ignorantia cedit.* S. den 3. Th. des Commentars. S. 269. a. S. 554. f.

69) S. HAUOLD *Exerc. iur. civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. III. in Opusc. Vol. I. pag. 410.*

70) *L. 1. C. de ann. except. (VII. 40.)*

71) *L. 3. C. de praescri. XXX. vel XL. annorum. (VII. 39.)*

72) *Consultation. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 27. pag. 295.*

und nicht a tempore scientiae an, wie aus der *L. fin. C. Si maior. factus alienat.* mit mehrern erhellet, zumal was einige Interpretes dabey von der praesumpta rati habitione, et quod haec scientiam praesupponat, anführen, ganz ohne Grund ist, da nach dem angeführten Gesetz daß quinquennium sonst a tempore scientiae anfangen müssen, welches aber dem gedachten Text schnurstracks zuwider, und ein Anders praescriptio, ein Anders approbatio tacita ist, quod haec, non illa, scientiam desideret, widrigenfalls diese exceptio fast durchgehends unbrauchbar seyn würde.“ An einem andern Orte <sup>73)</sup> sagt er: „Wenn sofort ex qualicunque ignorantia contra hunc lapsum quinquennii die restitutio in integrum gelten sollte, so würde die dispositio *L. ult. cit.* mere elusoria werden, welche doch mit gutem Besdacht deswegen eingeführt worden, ne temere alienata revocentur.“ Eben so heißt es an einem dritten Orte <sup>74)</sup>: „Endlich ein bloßes figmentum ist, was von der tacita rati habitione ex lapsu quinquennii angeführt zu werden pflegt, da vielmehr allhier eine wahre Präscription, welche auch, partibus invitis, in poenam negligentiae Statt findet, vorhanden, und nach dessen Natur hiervon geurtheilt werden muß.“ Ohne Zweifel hat Justinian den großjährig gewordenen Minderjährigen, wie von Leyer <sup>75)</sup>, welcher diese Ansicht theilt, ganz richtig bemerkt hat, jenen Zeitraum von fünf Jahren darum gegeben, um binnen

73) Ibid. Resp. DCXVII. Qu. I. nr. 15. pag. 912.

74) Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decia. CCCCXCII. nr. 14. pag. 30.

75) Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. medit. 3. et 4. pag. 559.

demselben die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, und sich von den wahren Umständen der Veräußerung Kenntniß zu verschaffen<sup>76)</sup>. Versäumt der Großjähriggewordene diese Zeit, so ist dieses nicht sowohl als eine stillschweigende Ratihabition anzusehen, sondern es soll nun kein Streit mehr über die Vernachlässigung der gesetzlichen Form Statt finden. Die Veräußerung soll nun für eben so gültig gehalten werden, als wäre sie gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Feyerlichkeit geschehen. Klagt also nach Ablauf der gesetzlichen Zeit der Großjähriggewordene, so wäre es lächerlich, ihm die Einrede der stillschweigenden Ratihabition entgegenzusetzen, denn durch Anstellung der Klage hat er ja schon das Gegentheil erklärt. Nein, die *exceptio praescriptionis* wird ihm entgegengesetzt, und zwar mit Recht, denn er hat es seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben, wenn nun das gesetzliche Präjudiz eintritt, *cum contra desides homines, et sui iuris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt*<sup>77)</sup>. Sollte man nach Ablauf der gesetzlichen Frist dem Vorwand der Unwissenheit so leicht Gehör geben, zu wievielen Mißbräuchen würde diese Einschränkung nicht Anlaß geben? Dieß ist es, worüber auch Leyerer klagt, wenn er a. a. D. sagt. *Ista vero limitatione quantopere abutantur litigatores, dici non potest. Veniunt nempe, qui iam ante quinque, decem, viginti, triginta, quadraginta annos maiores facti sunt, res in pupillari aetate venditas vindicant, et, quum praescriptio quinquennii obiicitur, se nunc demum negotii gesti notitiam*

76) L. 1. D. de usurpat. et usucap. — cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

77) L. 3. in fin. C. de ann. except. (VII. 40.)

*accepisse*, respondent, ac, si dubitetur, iusiurandum offerunt. Ita vero *Legem ultimam Cod. Si maior alienationem* semper eludunt, inutilemque efficiunt. Quod ne fiat, melius est, hanc limitationem penitus amputari. Die einzige Ausnahme würde Statt finden, wenn der erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist aufgetretene Kläger beweisen könnte, daß er sich alle Mühe gegeben, die erforderliche Kenntniß zu erlangen, aber ohne sein Verschulden früher, als bis jetzt, seinen Zweck nicht habe erreichen können, welche Ausnahme auch Lenzler a. a. O. zuläßt. In diesem Falle würde denn auch eine außerordentliche Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht mehr als billig seyn<sup>78)</sup>. Dem Böhmer und Lenzler ist auch Herr von Berg<sup>79)</sup> beygetreten. Es entsteht ferner

5) die Frage, ob der großjähriggewordene Pflegesohn binnen der gesetzlichen Frist von fünf Jahren nothwendig Klage erheben müsse, um sein Zurückforderungsrecht gegen die nachtheiligen Folgen der Verjährung zu schützen, oder ob nicht jede auch außergerichtliche Erklärung dazu hinreiche? Auch diese Frage ist streitig. Viele<sup>80)</sup>

78) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Band. §. 137. S. 494.

79) S. Desselben angef. Abhandlung. §. 7. in den jurist. Beobachtgg. und Rechtsfällen. 1. Bd. S. 163. f. Man vergl. auch Dabelow's Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 579.

80) AZO und BARTOLUS ad L. ult. C. Si maior factus. Ferner Franc. RAGUILLUS Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. cit. pag. 389. in fin. Jo. a SANDE Tr. de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 93. Jo. Jac. WISSENBACH Comm.

behaupten das Letztere. Allein die in dem Gesetz gebrauchten Ausdrücke: *conquestus est*, so wie früher: *longo silentio querelam huiusmodi tradiderint*, deuten wohl ohne Zweifel auf eine gerichtliche Klage hin. Die Vindication trifft hier mit der Richtigkeitsklage zusammen, für welche die Benennung *querela* technisch ist. Denn die jetzt so genannte *querela nullitatis* ist nichts anders, als eine so genannte qualificirte Vindicationsklage<sup>81)</sup>. Die Gesetze<sup>82)</sup> gedenken auch nur der Klage, und es ist wohl nichts natürlicher, als daß, wenn die Klagbarkeit eines Rechts, als reine Folge der Unterlassung, durch Verjährung verloren gehen soll, dieser Verlust nur durch die gerichtliche Verfolgung desselben abgewendet werden kann<sup>83)</sup>. Hierzu kommt, daß eine ausssergerichtliche Denunciation oder Protestation (*denunciatio contrariae voluntatis*) in der Regel nur in ausserordentlichen Fällen zugelassen ist, wo derjenige, der durch die Verjährung bedroht wird, besonderer Gründe wegen, welche die Belassung des Gegners unthunlich machen, ausser Stand ist, die nachtheiligen Wirkungen der Verjährung durch die Anhängigmachung eines Rechtsstreits abzuwenden<sup>84)</sup>. Die

in Cod. ad L. 1. et 3. C. Si maior. factus. pag. 503. und Octav. SIMONCELLUS Tr. de decretis Lib. III. Tit. IX. Cas. 2. nr. 49. et 50. pag. 631.

81) L. 4. L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. G. Martin's Rechtsgutachten. 1. Bd. Nr. IV. §. 5. S. 252.

82) L. 5. §. 15. D. h. t.

83) G. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 126. S. 448.

84) L. 2. C. de annali except. (VII. 40.) G. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 129. S. 455. ff.



Ansicht derer, welche eine auffergerichtliche Erklärung oder Denunciation zur Unterbrechung der fünfjährigen Verjährung nicht für hinreichend halten, ist daher unstreitig gegründet<sup>85)</sup>.

6) Da die Gesetze dem großjährig gewordenen Pflegebefohlenen nur eine Klage geben, wenn er oder seine Erben die während seiner Minderjährigkeit nichtig veräußerten Sachen vindiciren wollen, welche nur allein die Verjährung zu unterbrechen vermag; so entsteht die Frage, ob mit dem Ablauf von fünf Jahren bloß die Klage erloschen sey, oder ob auch die Zulässigkeit, die Veräußerung per modum exceptionis zu bestreiten, aufhöre? Weber<sup>86)</sup> hält auch diese Frage für streitig. Ich glaube aber, die Entscheidung derselben liege schon in dem Gesetz selbst. Das Gesetz verordnet nämlich, wenn der Minderjährige eine Veräußerung, die während seiner Minderjährigkeit ohne Beobachtung der gesetzlichen Form geschehen ist, nach erlangter Großjährigkeit nicht binnen fünf Jahren angefochten hat, so soll sie nachher aus jenem Grunde nicht weiter bestritten werden können, sondern nun dadurch eine solche Gültigkeit erhalten, als wenn die Veräußerung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden. Unterholzner<sup>87)</sup> nennt dieß ganz richtig Bestärkung eines Rechtsgeschäfts durch Verjährung. Wie kann also nun noch eine

85) Man vergl. vorzüglich von Bülow angeführte Beiträge zu der Lehre von Veräuß. der Güter pflegbefohlner Personen; §. 5. in den Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 260 — 263.)

86) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. §. 1389. S. 208.

87) Verjährungslehre 2. Band §. 163. f. S. 41. f.

Bestreitung derselben per modum exceptionis zulässig seyn? Wie kann von einer Einrede noch die Frage seyn, wenn, wie hier, das Recht, worauf die Einrede sich stützt, durch Verjährung geradezu aufgehoben wird? Daher kann auch namentlich auf ein durch Verjährung verloren gegangenes Eigenthum keine Einrede mehr gegründet werden<sup>88)</sup>.

7) Ganz abgesehen von dem Falle, wo das Quinquennium entscheidet, ist der, wenn die Veräußerung in einer bloßen Schenkung besteht. Eine solche ist, wenn nicht von einer *donatio propter nuptias* die Rede ist, schon an sich ungültig, auch ganz abgesehen von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung, weil die Obrigkeit eine solche Veräußerung nicht genehmigen darf. Hier ist daher dem Minderjährigen, nach erreichter Großjährigkeit, eine längere Zeit zur Zurückforderung der verschenkten Sachen gesetzt. Die Schenkung soll anders nicht ihre Gültigkeit erhalten, als wenn von dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre an, zehn Jahre unter Gegenwärtigen und zwanzig Jahre unter Abwesenden verfloßen sind, ohne daß der Donator sie zurückgefordert hat. Es ist merkwürdig, daß der Gesetzgeber den Gegenstand hier näher bezeichnet, als in jenem Falle einer fünfjährigen Präscription. Die Schenkung muß eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben. Bey jener Präscription hingegen kommt es nicht darauf an, ob die ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußerte Sache eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, insofern bewegliche Sachen der Minderjährigen nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert werden können. Sollte denn aber das Gesetz, wo

88) *L. 57. D. Mandati.* S. Unterholzner's Verjährungslehre. 2. Band. §. 158. S. 25. Not. 543.

es von der Zurückforderung der Schenkungen spricht, wirklich so, wie die Worte besagen, bloß auf Grundstücke zu beschränken, oder nicht auch zugleich auf verschenkte bewegliche Sachen anzuwenden seyn? Für das Erste sprechen zwar folgende Gründe. 1) Die zehn- und zwanzigjährige Verjährung findet nur bey unbeweglichen Sachen Statt. 2) Es ist hier zugleich von Minderjährigen, die Rede, welche *veniam aetatis* erhalten haben. Diese sind aber nur in Ansehung der unbeweglichen Sachen an die obrigkeitliche Genehmigung bey Veräußerungen gebunden, während ihnen über bewegliche Sachen ein unbeschränktes Verfügungsrecht zusteht<sup>29)</sup>. Es konnte daher bey solchen Minderjährigen schon deswegen von einer Zurückforderung verschenkter beweglicher Sachen keine Rede seyn. Wollte man indessen streng bey den Worten stehen bleiben, so würde diese beschränkende Auslegung zu dem Widerspruche führen, daß die Zurückforderung beweglicher Sachen mehr, wie die der unbeweglichen, begünstigt sey. Um also diesem Widerspruche auszuweichen, muß man annehmen, daß wo es zur Veräußerung von beweglichen Sachen eines Decrets bedurft hätte, der Mangel desselben nach erreichter Großjährigkeit des Veräußerers durch ein Stillschweigen von zehn und zwanzig Jahren, gleichwie bey den unbeweglichen Sachen, ergänzt werde, so daß also in Ansehung derselben die Minderjährigen, welche unter der Curatel stehen, denen, welche *veniam aetatis* erhalten haben, rücksichtlich der

89) *L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetrar. (II. 45.)*

Dieses Gesetz ist nur wenige Tage vor der *L. 3. C. Si maior. factus* gegeben worden, nämlich *VIII. Id. April. DCCIO Cons. 599.* Die *L. 3. Si maior. fact.* aber *Idib. April.* Es kann also nicht auffallend seyn, daß Justinian in jener Constitution die letztere nicht erwähnt hat.

Veräußerung gleichgestellt sind <sup>90)</sup>. Die Basiliken <sup>91)</sup> sprechen zwar hier bloß von einem Minderjährigen, welcher nach erhaltener *venia aetatis* verschenkt hat. Allein die Worte unserer *L. 3. Si minor vel post veniam aetatis* beziehen sich unstreitig auch auf einen minderjährigen Curanden. Man nimmt jedoch bey dieser Präscription an, daß der Besizer in gutem Glauben seyn müsse, d. h. nicht gewußt haben müsse, daß es eines Minderjährigen Sache war <sup>92)</sup>, wenn er sich gegen die Ansprüche des vindicirenden Klägers mit der Präscription vertheidigen will. Justinian scheint auch hier wirklich auf frühere Verordnungen Rücksicht genommen zu haben. Denn so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an den Alexander.

*L. 4. C. Si quis ignorans. (V. 73.) Quoniam adversus emptorem, ad quem ex persona eius, cui contra Senatusconsultum donata res est, iusto titulo interveniente, ea res, de qua lis est, transitum fecit <sup>93)</sup>: requirere oportebit, an praesente priore*

90) S. von Bülow angef. Beiträge in den Abhandlungen 1. Th. S. 263.

91) *Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. ult. pag. 640. εἰς ὃ ἐλάττων συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας ἤδη, δωρήσεται τιμῆ: i. e. si minor, venia aetatis impetrata, donaverit alicui.*

92) *Jacob. Cujacius in Paratit. et Recitat. solemn. in Tit. 73. Lib. V. Cod. Si quis ignorans. Pet. Müller ad Stravium. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. not. d. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. und Schwegge Röm. Privatrecht. §. 762. S. 636. der 3. Ausgabe.*

93) Jeder Leser wird bemerken, daß hier etwas fehlt. *Ροτμίζα in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. not. d.*

*domino, et maiore effecto, sine controversia bona fide decennio, vel absente viginti annis, qui quaestionem patitur, possessor fuisse monstretur. Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit, sine ulla cunctatione, habita longi temporis praescriptione, petitozem oportebit excludi. Dat. VI. Id. Jun. Dorostoli. CC. Cons.*

8) Insofern der Vater über seine minderjährigen Kinder, welche seiner väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind, die gesetzliche Vormundschaft führt, müssen die in solcher Eigenschaft von ihm vorgenommene Handlungen auch ganz nach dem Vormundschaftsrechte beurtheilt werden. Da nun die Gesetze dem Vater bey Veräußerungen der Güter seiner minderjährigen Kinder der Nothwendigkeit unterwerfen, ein obrigkeitliches Decret einzuholen<sup>94)</sup>; so muß auch den Kindern, im Fall einer ohne obrigkeitliche Genehmigung eigenmächtig vom Vater vorgenommenen Veräußerung, das allen Großjähriggewordenen zuständige vindicationsrecht gestattet werden, und es kanh daher die Anwendung der *L. 3. C. Si maior. factus* auf diesen Fall keinem Zweifel unterworfen seyn<sup>95)</sup>.

pag. 165. supplirt nach den Worten: Quoniam adversus emtorem die Worte *actio petitur*; oder vielleicht besser *actio movetur*.

94) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 3. C. de praed. et aliis reb. minor.*

95) S. von Bülow Abb. In welcher Beziehung steht die *L. 3. C. Si maior factus* zu der vom Vater vorgenommenen Veräußerung der Güter seiner Kinder? in Desselben Abhandlungen aus dem Röm. Rechte. 1. Th. S. 264

III. Eine ohne richterliches Decret gefchebene Veräußerung soll ferner dadurch gültig werden, wenn das Veräußerungsgeschäft vom Landesherrn bestätigt worden ist.<sup>96)</sup> Man sagt, ein solches Decret ergänze den Mangel aller gesetzlichen Feyerlichkeiten<sup>97)</sup>. Nun hat zwar Kr. Aurelian<sup>98)</sup> allerdings rescribirt, die landesfürstliche Genehmigung gelte soviel, als das richterliche Decret, und es hat daher auch keinen Zweifel, daß es den Mangel desselben ergänze. Allein deswegen läßt sich doch nicht behaupten, daß alles vollkommen gültig sey, was der Regent nach der ihm gemachten Vorstellung gebilligt hat. Denn diese kann ja bloß einseitig und unwahr seyn. Daß auch wirklich die Regenten auf solche Anträge häufig genug Verfügungen erlassen, beweisen die Gesetze selbst, welche verordnen, daß jedes Rescript nur unter der stillschweigenden Clausel: *si preces veritate nitantur*, gelten solle<sup>99)</sup>, ja die *exceptio sub - et obreptionis* gegen landesherrliche Rescripte gestatten<sup>100)</sup>. Soll also das landesherrliche Decret den Mangel der richterlichen Genehmigung ergänzen, so wird vorausgesetzt, daß dem Landesherrn die wahren Umstände der Sache, insonderheit die Veräußerungs-Ursachen müssen angegeben, und also das Decret eben so, wie das richterliche, nach vorhergegangener Untersuchung derselben müsse

96) *Paul. MONTANUS* Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 574. *Jo. Balth. L. B. a WERNHER* Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 164. *Aem. Lud. HOMBERGK* zu *VACH* Diss. de convalescentia vitiosae alienation. Cap. II. §. 25.

97) *L. 19. C. de Testament. (VI. 23.)*

98) *L. 2. C. Quando decreta opus non est. (V. 72.)*

99) *Cap. 2. X. de Rescript.*

100) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 80.

Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th.



erlassen worden seyn <sup>1)</sup>). Nach der heutigen Verfassung wird ohnehin der Landesherr nicht leicht selbst verfügen, sondern den Supplikanten, wie billig, an den ordentlichen Richter verweisen <sup>2)</sup>).

IV. Wenn der Minderjährige, welcher die Mündigkeit bereits erreicht hatte, die Veräußerung mit einem körperlichen Eide bekräftiget hat <sup>3)</sup>).

V. Wenn der Minderjährige den beerbt, welcher das Veräußerte zurückgeben müßte <sup>4)</sup>).

VI. Wenn der Mündel den Vormund, oder dieser jenen beerbt. Jedoch conualescirt hier die Veräußerung nur nach Maasgabe der Größe des Erbtheils des Erben <sup>5)</sup>).  
Endlich

- 1) S. WERNHER c. I. und HOMBERGK zu VACH cit. Diss. Vergl. auch Martin's Rechtsgutachten. 1. Band. Nr. IV. §. 13. S. 265. f.
- 2) S. Claprot's Rechtswissensch. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 164. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 115. d. der 4. Ausgabe.
- 3) L. 1. Cod. Si advers. vendit. (II. 28.) und Authent. Sacramenta puberum C. eod. tit. S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 341. S. 553. ff. und von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV. S. 162—171.
- 4) L. 14. C. de Rei vindicat. (III. 32.) S. Claprot's angef. Rechtswissenschaft. §. 160. Nr. 5. HUFELAND Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. Anmerk. 1. und Webers Erläuterungen der Pandect. 2. Th. §. 1389. Nr. 4.
- 5) L. 14. C. de Rei vind. (III. 32.) L. 3. C. de rebus alien. non alienand. (IV. 51.) L. 14. C. de Eviotionib. (VIII. 45.) S. VOZZ Comm. ad Pand. h. t. §. 24.

VII. wenn der Mündel vom Vormunde vollkommen entschädiget worden ist <sup>6)</sup>).

HUFELAND Lehrb. a. a. O. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. Bd. §. 526. von Bening-Jungenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. S. 99. (der dritten Aufl.) VALETT ausf. Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 908.

- 6) *L. 10. D. h. t. ULPIAN. Libro VI. Opinionum. Illicite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis praedio venundato, si eo nomine apud iudicem tutelae vel utilis actionis aestimatio facta est, eaque soluta, vindicatio praedii exaequitate inhibebitur.* S. von Bening-Jungenheim Lehrb. a. a. O.



## Lib. XXVII. Tit. X.

**De curatoribus furioso et aliis extra  
minores datis.**

## §. 1390.

Allgemeine Sätze von der Cura, und deren wesentlicher Unterschied von der Tutel nach dem Röm. Rechte.

Die Cura, von welcher hier zu handeln ist, unterscheidet sich von der Tutel wesentlich darin, daß sie bloß über das Vermögen einer Person bestellt wird, welches dieselbe selbst zu verwalten gehindert ist. Zwar ist auch die Tutel in der Regel mit der Vermögens-Verwaltung des Pupillen verbunden, allein sie ist Erstens kein nothwendiges Merkmal, welches der Tutel ausschließend angehört. Daher kann, wenn auch ein Tutor bereits vorhanden ist, noch ein Curator eintreten, der bloß über das Vermögen, als solches, gesetzt ist. Ja die altrömische Tutel über Weiber hatte mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu schaffen, der tutor ward bloß für auctoritatis interpositio bestellt. Bey der Pupillen-Tutel spricht aber, wenn nicht ein besonderer Curator des Vermögens ernannt ist, im Zweifel die Vermuthung für die mit dem Amte des Tutors stillschweigend verbundene Vermögens-Verwaltung. Daher sagt Ulpian 7):

7) *Fragm. Tit. XI. §. 25.* (in SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 603.)

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

In Betreff dieser Verwaltung steht daher der Tutor dem Curator gleich; beyde sind in Ansehung derselben *domini loco* <sup>8)</sup>, so weit nicht die Vormundschaft aus Gründen in der *gestio* beschränkt ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß beym Tutor die Verwaltung des Vermögens von der Person ausgeht, der Curator hingegen, ohne Rücksicht der Person, über das Vermögen, als solches, gesetzt ist <sup>9)</sup>. Daher der Tutor bey Schließung der rechtlichen Geschäfte des Pupillen, besonders derjenigen, die derselbe nur in eigener Person vornehmen kann <sup>10)</sup>, durch sein Vollwort (*auctoritas*) die mangelhafte bürgerliche Persönlichkeit des Mündels ergänzt, was der Curator nicht kann <sup>11)</sup>. Dieß ist es, wenn die Gesetze <sup>12)</sup> sagen: *Tutor personae, non rei vel causae datur*. Darin unterscheiden sich also die Tutel und Curatel wesentlich von einander, daß nur der Tutor allein das Recht hat, bey den rechtlichen Geschäften des Pupillen Auctorität zu interponiren, weil die Gesetze annehmen, ein Impu-

8) L. 58. §. 4. D. de furt. L. 157. pr. D. de Reg. iur.

9) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 5. Bandes 2. Heft. S. 384. f.

10) §. 1. J. de auctorit. tutor. L. 19. D. de auctorit. et consensu tutor. et curator.

11) S. Heinr. Zöpfl Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. Bamberg u. Aschaffenburg 1828. 8. §. 7. und 8.

12) L. 14. D. de testam. tut.

bes habe noch keinen juristisch vollgültigen Willen, deswegen müsse der Tutor, bey Schließung eines rechtlichen Geschäftes seines Mündels, desselben bürgerliche Persönlichkeit durch sein Vollwort ergänzen, welches hingegen der einem Pupillen gegebene Curator nicht kann<sup>13)</sup>. Daher muß immer zur Schließung solcher Geschäfte des Pupillen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann, ein Tutor bestellt werden<sup>14)</sup>, welches auch jenem Rechtsatz nicht entgegen ist. Denn auch in solchen Fällen, wo Tutoren für einzelne Geschäfte vorkommen<sup>15)</sup>, wird doch der Tutor gewissermassen für die ganze Persönlichkeit gegeben, nur daß hier die wirkliche Ausübung seiner Thätigkeit auf ein Rechtsgeschäft beschränkt, und er dann wieder entlassen wird<sup>16)</sup>. Eben so bleibt immer die auctoritatis interpositio ausschließender Charakter der Tutel, wenn gleich dieselbe zuweilen, wie bey der tutela infantis, oder furiosi pupilli, für den der Tutor selbst handeln muß, ihrer Natur nach, oder wegen eines speciellen Verbots, sich in die Geschäftsverwaltung des Mündels einzumischen, wie bey dem tutor honorarius der Fall seyn kann, in Ansehung der Ausübung gehindert ist. Von diesem letztern Falle ist, nach meiner Ueberzeugung, die *L. 4. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.* zu verstehen, wie ich an einem andern Orte<sup>17)</sup> ausführlicher gezeigt habe. Es ist

13) S. den 29. Th. des Commentars §. 1298. a. S. 7. ff.

14) *L. 17. §. 1. D. de appellat* (XLIX. 1.)

15) S. z. B. GAJUS *Institut. Comm. I. §. 176 — 184.* und ULPIAN. *Fr. Tit. XI. §. 18 — 20.*

16) S. Puchta *Miscellen*, im Rhein. Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrg. Bonn 1828. S. 583. f.

17) S. den 29. Th. des Commentars §. 1304. S. 189. f.

zwar in einer neuern Schrift <sup>18)</sup> dagegen eingewendet worden, daß man die Worte: *tamen si tutor auctoratur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet*, durchgehends ganz unrichtig verstanden habe. Denn Erstens dürfe das Wort *auctorari* hier nicht als gleichbedeutend mit *auctor fieri*, *auctoritatem interponere* genommen werden. Das Wort *auctorare*, so wie das Deponens *auctorari*, heiße in der römischen Sprache nichts anders, als verkaufen. So Quintilian <sup>19)</sup>: *Quidam, ut patrem sepeliret, auctoravit se*. Eben so komme das Deponens *auctorari* auch nur in der Bedeutung von verkaufen vor: z. B. bey Apulejus <sup>20)</sup>: *Mulier execrando metallo pudicitiam suam protinus aucto-rata est*. In dieser Bedeutung werde nun also die L. 4. so zu übersetzen seyn:

„Obgleich das Vollwort eines Tutors hinreichend ist, wenn mehrere Tutoren gegeben sind, so darf es doch der Prætor nicht genehmhalten, wenn der Tutor eine Veräußerung vornimmt, dem die Administration der Tutel nicht gestattet ist.“

Durch diese Uebersetzung sey nun aller Widerspruch mit L. 14. §. 1. *D. de solution.* und L. 49. *D. de acquir. vel omitt. hered.* beseitiget, mithin auch die darüber entstandene Controvers verschwunden. Das Fragment verbiete jetzt dem tutor honorarius ganz und gar

18) S. Heint. ZORFFL's oben Not. 11. angeführte Schrift. §. 12. S. 46. folg.

19) *Arg. Declamat. CCCII.*

20) *Metamorphos. Lib. IX.* (cum commentar. Phil. Berroaldi Tom. II. pag. 353. 8.)

nicht mehr die auctoritatis interpositio, sondern nur das Vornehmen von Veräußerungen, die reine Acte der Administration sind, wobey ja oft gar keine auctoritatis interpositio vorkomme, wenn nämlich der Vormund veräußert, ohne den Pupillen mithandeln zu lassen. So ergebe sich also aus der L. 4. das Resultat:

„Der tutor honorarius wird durch dieses Fragment von dem Rechte auctoritatem zu interponiren, nicht ausgeschlossen; denn der Eingang des Fragments; *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* — macht gar keinen Unterschied zwischen gerirenden Tutoren und honorariis, sondern spricht ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zu. — Durch den Nachsatz, welcher mit der Partikel *tamen* anfängt, werden aber aus der Zahl der plurium tutorum, welche sämmtlich auctoritatem interponiren dürfen, diejenigen ausgeschieden, welche Veräußerungen vornehmen dürfen. Diese Veräußerungsbefugniß konnte den honorariis sehr gut entzogen seyn, ohne ihrem Rechte auctoritatem zu interponiren zu schaden. Denn eine Veräußerung ist nicht nothwendig ein Act der auctoritatis interpositio, sondern nur der administratio, die jeder Tutor auch vorzunehmen befugt ist, in sofern die Gesetze dem Vormunde überhaupt Veräußerungen gestatten.“

„Da also dem tutor honorarius unbedingt das Recht der interpositio auctoritatis zukommt, so habe man Zweitens auch gar nicht nöthig, die Worte: *cui administratio tutelae concessa non est*, in cui interdicta est abzuändern. Denn *non concessa* — nicht übertragen — heiße die Administration im Gegensatz der deoreta. Der Tutor, dem die Administration non con-

cessa = non decreta ist, könne kein anderer seyn, als der honorarius, und so diene diese Stelle zur Unterstützung der aufgestellten Behauptung, daß unter den pluribus tutoribus auch die honorarii mit begriffen seyn. Wollte man das *non concessa* gleichbedeutend mit *interdicta* erklären, so könnte sich dieses Wort auch eben so gut auf einen tutor gerens beziehen, der suspect gemacht worden war, wie auf einen honorarius. Daß ein solcher nicht veräußern durfte, weil ihm überhaupt die Administration verboten war, bedürfe keiner Erörterung. Aber der Widerspruch und die Verwirrung werde bey der bisherigen Uebersetzung des *auctorari* mit „Bollwort einlegen“ nur noch größer, da doch dadurch, daß einem Tutor die *administratio tutelae* untersagt ist, keinesweges auch das Recht und die Pflicht zur *auctoritatis interpositio* zu gleich mit entzogen wird<sup>21)</sup>. Auch würde kein römischer Jurist den Ausdruck *non concessa* zu brauchen gewagt haben, um ein Verhältniß zu bezeichnen, welches nur aus einer feyerlich ausgesprochenen Formel — *interdictum* — des Prätoris hätte hervorgehen können.“

„Endlich Drittens sey aus dem *Frag. 14. D. de solut.* für das Recht des tutor honorarius, *auctoritatem* zu interponiren, nichts abzuleiten. Denn Zahlungen annehmen, sey nur ein Ausfluß der Administration des Vermögens, nicht aber der Ergänzung der Persönlichkeit. Geschäfte für den Mündel könne aber der tutor honorarius eingehen, wie ein jeder Bürger *negotiorum gestor* des Andern werden kann, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens des Andern nicht zusteht, wofern ihn

21) L. 9. §. 5. D. de tut. et ration. distrah. L. 7. C. de suspect. tutor. (V. 43.)

nur nicht ein absolutes Verbot — *interdictum* — von der Geschäfts-Beforgung für den Andern ausschließt: Um so mehr müsse er befugt seyn, Zahlungen für den Pupillen anzunehmen, da das *periculum tutelae* gleichfalls auf ihn als tutor lastet. Nur das sey wichtig, daß der *honorarius* keine Geschäfte des Mündels zu besorgen brauche, weil die *administratio* ihm nicht *decreta* ist, sondern sich sein ganzes Verhältniß zur Vermögens-Bewahrung auf Abnahme der Rechnung und *Suspectpostulierung* des verdächtigen *gerens* beschränkt.

Allein so wenig auch die sehr sinnreiche Art, wie hier die *L. 4. D. de auctor. et cons. tutor. et curator* erklärt, und dieselbe mit den beyden andern oben angeführten Gesetzstellen vereinigt worden, zu verkennen ist, indem dadurch der ganze Streit erlediget zu seyn scheint; so gewiß ist es doch, daß bey genauerer Prüfung sich noch manches Bedenken darbietet, was noch erst beseitiget werden muß. Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob denn Pomponius in der *L. 4. cit.* das Wort *auctorari* wirklich in der ihm untergelegten Bedeutung genommen habe. Nun ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß dieses Wort bey den römischen Classikern in der Bedeutung von verkaufen vorkommt, wie die von dem Verfasser der angeführten Schrift citirten Stellen aus Quintilian und Apulejus beweisen<sup>22)</sup>; aber nie wird es in der Beziehung gebraucht, in welcher es Pomponius hier genommen haben soll, sondern immer nur in

22) Mehrere Beispiele würde das *Lexicon totius Latinitatis consilio et cura Jac. FACCIOLOTTI, opera et studio Aegid. FORCELLINI, correctum et auct. edit. a God. HERTEL et Aug. VOIGTLÄNDER Tom. I. (Schneeberg 1829. f.)* voc. *Auctoro*, an die Hand gegeben haben.

Beziehung auf ein bestimmtes Subject, wie in den angeführten Stellen die Redensarten, *se auctorare*, *auctorari pudicitiam suam*, deutlich andeuten. Es ist nämlich der Ausdruck *se auctorare* eigentlich von den Gladiatoren hergenommen, welche sich für einen bestimmten Preis, *auctoramentum*, zum öffentlichen Spiel verkauften, oder eigentlich sich verdungen oder verpflichteten<sup>23)</sup>. Ein solcher Verkauf hieß daher *auctoratio*, und wer sich auf solche Art hingab, *auctoratus*. Dann wurde das Wort überhaupt von denen gebraucht, die sich zu einem gewissen Dienst, z. B. zum Soldatendienst, verpflichtet hatten, so wie auch von denen, die sich durch eine schändliche That, oder um eines Gewinnes willen den Tod zugezogen hatten, wie in der bey Vellejus<sup>24)</sup> vorkommenden Redensart, *mortem sibi auctorare*. Da ein solches Auctoriren nicht ohne den eignen Willen des sich Auctorirenden geschehen konnte, so liegt in allen diesen Redensarten das *auctor fieri* zum Grunde. *Qui enim auctorare se dicuntur, ipsi facti sunt auctores venditionis sui, vel contractus, quo se vendebant, vel obstrangebant illi*, wie der große Litterator SALMASIUS<sup>25)</sup> be-

23) *Mosaicar. et Romanar. Legg. collat.* Tit. IV. §. 3. et Tit. IX. §. 2. *Ant. SCHULTING* Jurispr. vet. Antejustin. pag. 746. Not. 18. Besonders *Claud. SALMASIUS* de modo usurarum. Cap. XIX. pag. 864. sqq. *Car. Andr. DUCKER* Opuscul. de Latinitate Ictor. vett. pag. 279. sqq. und *Barn. BRISSONIUS* de Verb. Signif. voc. *Austorari*.

24) *Lib. II. Cap. 30.*

25) *Cit. hb. de modo Usurar. pag. 866.* Man vergl. auch *Ant. SCHULTING* ad Tit. IV. *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. not. 18.* (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 746.)



merkt hat. Daher werden auch die auctorati selbst *auctores* genannt<sup>26)</sup>. Ja Hermann Canngietter<sup>27)</sup> sagt sehr richtig; *Auctorare generaliter is dicitur, qui sese auctorem profitetur. Auctoratio autem haec, sive, ut veteres loquebantur, auctoritas, fiebat in capitis deminutionibus, siquidem caput deminui nulli civi Romano poterat, nisi illi, qui sui juris esset, et is auctor fieret, id est, nisi id ipse iuberet fieri. Quocirca vita, libertas, civitas, familia nemini, qui sui iuris erat, invito, id est, sine auctoritate istiusmodi, aut dicam potius, sine auctoramento eripi poterat. So stammt also das Wort *auctorare* oder *auctorari* selbst von *auctor fieri* ab, und hat immer nur eine subjective Beziehung. Ohne diese Beziehung, also im absoluten Sinn, und in der Bedeutung eine Sache verkaufen, kommt das Wort *auctorare* selbst bey den römischen Classikern nicht vor, am wenigstens aber bey den römischen Juristen. Das *Deponens auctorari* findet sich überhaupt nur in zwey Stellen unsers römischen Gesetzbuches. Die eine ist unsere L. 4, die andere die L. 9. pr. D. *Quod falso tutore auctore*. In keiner von beyden kann das daselbst vorkommende Wort *auctorari* die Bedeutung von Etwas verkaufen haben. Nicht in der L. 4. Denn es soll hier die Frage entschieden werden, wie es in dem Falle, da mehrere Tutoren, die alle die Tutel verwalten können, berufen sind, mit der auctoritatis interpositio zu halten sey? Pomponius setzt es als einen ganz bekannten*

26) G. SALMASIUS ad Trebell. Pollion. in *Gallieno*, Cap. 12.

27) Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentiae, quae exstant in Collatione Legum Mosaico. et Romanar. (Franequerae 1765. 4.) Cap. XVII. pag. 218.

Grundsatz voraus, daß von demselben schon Eines Tutors auctoritas genüge. Dieser Satz wird aber auf folgende Art limitirt: tamen si tutor *auctoretur*, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Ich will hier ganz die Frage bey Seite gesetzt seyn lassen, ob überhaupt *auctoretur* die richtige Lesart sey? Denn Haloander, dem auch Bede in seiner neuesten Ausgabe vom Corpus iuris civilis gefolgt ist, liest, si tutor *auctor erit*. Es kann aber schon dem ganzen Zusammenhange nach nicht anders erklärt werden. Denn Erstens ist schon gar nicht glaublich, daß das Wort in einer andern Bedeutung, als in der von *auctorem esse*, gebraucht seyn sollte, weil vom Recht des Tutors, Sachen des Mündels zu veräußern, gar keine Frage war. Erst am Schluß wird zur Erläuterung das Beyspiel angeführt, wenn ich *eo tutore auctore*, qui tutelam non gerat, von einem Pupillen eine Sache kaufe, wohl wissend, daß ein Anderer zur Verwaltung der Tutel ausschließlich bestellt sey; hier kann ich nach der richtigeren Meinung des Offitius nicht Eigenthümer werden. Eben so wenig, als wenn ich *eo auctore* kaufe, welcher von der Verwaltung der Tutel entfernt worden ist. Auch hier ist der Handel ungültig. Selbst diese zur Erläuterung der entschiedenen Frage angeführten Beyspiele geben ja den stärksten Beweis, daß *auctorari* hier nicht heißen könne, verkaufen, sondern eben so viel sey, als *auctorem esse*, *auctorem fieri*, *auctoritatem interponere*. Und wer könnte sich Zweitens wohl im Ernst überreden, daß Pomponius, statt des überall gewöhnlichen Ausdrucks *alienare*, oder *vendere*, ein Wort werde gewählt haben, was in der Bedeutung von Verkaufen

einer Sache im ganzen Corpus iuris civilis gar nicht vorkommt, und von keinem römischen Juristen gebraucht worden ist. Die berühmtesten Lexikographen, ein Brissotius<sup>28)</sup>, ein Basilius Faber<sup>29)</sup>, ein Regidius Forcellini<sup>30)</sup>, und Johann Matthias Gesner<sup>31)</sup> führen alle die L. 4. an, und erklären das Wort *auctorari* einstimmig durch *auctoritatem commodare et interponere; auctorem fieri*.

Eben so wenig kann auch das *auctoraretur* in der L. 9. D. *Quod falso tutore auctore* durch veräußern übersetzt werden. Ulpian, aus dessen *libro XII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt daselbst:

Huius actionis exemplo Pomponius libro XXXI. scribit, dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, *ut alius auctoraretur inscius*.

Es ist hier von einer Ausdehnung der actio in factum die Rede, welche der Prätor in dem Falle geben will, da ein falsus tutor bey Rechts-handlungen, welche der Pupill selbst vornahm, dolo malo seine Auctorität interponirt hatte. Die Worte des Edicts, so wie uns solche Ulpian<sup>32)</sup> aufbehalten hat: *In eum, qui, cum tutor non esset, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE*

28) de V. S. voc. *auctorari*.

29) Thes. erudit. Scholasticae, edit. GESNERI voc. *Auctoro* Tom. I. pag. 266.

30) Lexic. totius Latinitatis. Tom. I. voc. *Auctoro*.

31) Novus linguae et erudit. Rom. Thesaur. Tom. I. voc. *Auctoror*.

32) L. 7. pr. D. *Quod falso tutore auctore*.

DICETUR, *iudicium dabo*, lassen keinen Zweifel übrig. Nach dem Beyspiel dieser Klage soll nun auch gegen denjenigen eine *actio*, nämlich *utilis*, Statt finden, welcher nicht selbst Auctorität interponirt, sondern einen Unwissenden *dolo malo* verleitet hat, *ut auctoraretur*, quasi tutor esset. Da jene *actio in factum* nur dann vorkommt, wenn der falsche Vormund nicht selbst handelte, sondern bloß auf eine betrügerische Art Auctorität interponirt hatte, während der Pupill selbst contrahirte, wie nicht nur jede Stelle dieses Titels<sup>33)</sup>, sondern auch schon die Rubrik desselben. *Quod falso tutore AUCTORE gestum esse dicetur*, beweist; so liegt es klar am Tage, daß das *ut alius auctoraretur*, nichts anders heißen könne, als *ut alius auctor fieret*. So verstehen auch die Basiliken<sup>34)</sup>, und der griechische Scholiast<sup>35)</sup> diese Stelle, wie ich an einem andern Orte<sup>36)</sup> gezeigt habe. Wollte man das *auctorari* durch verkaufen übersetzen, wie hätte die *actio in factum quod falso tutore auctore* auf diesen Fall angewendet werden können? ja welcher ein widriger Sinn würde nicht aus dieser Erklärung hervorgehen? Wozu wäre auch die Einführung jener *actio in factum* nöthig gewesen, da ja der falsche Tutor, wenn er selbst Sachen des Mündels *mala fide* verkauft hätte, oder durch einen andern, der von dem Betrüge nichts wußte, hätte verkaufen lassen, schon mit der *Contractsklage*, und zwar in *perpetuum* belangt wer-

33) Man sehe besonders die *L. 11. D. eodem*.

34) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 6. Const. 7. pag. 98. edit. Fabroti.

35) Cit. loc. Schol. o. pag. 101.

36) C. den 32. Th. S. 1374. C. 353. f.

den könnte, während die *actio in factum* nur ein Jahr dauert <sup>37)</sup>?

So wäre also die Bedeutung von *auctorari* für *auctorem fieri* in beyden Gesetzen gegen die Angriffe der neuen Erklärung hinlänglich geschützt. Daß nun aber ein *tutor honorarius* so gut das Recht habe, *auctoritatem* zu interponiren, als ein *tutor gerens*, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil er *tutor* ist. Es beweist dieses aber auch der Eingang der *L. 4. Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat*, welcher gar keinen Unterschied zwischen *tutores gerentes* und *honorarii* macht, sondern ganz allgemein jedem *Tutor* das Recht zur Einlegung des *Vollworts* zuspricht. Da nun zugegeben wird, daß der *tutor honorarius* auch Geschäfte für den *Mündel* eingehen könne, wenn ihm gleich die *Verwaltung* des *Vermögens* nicht übertragen ist, aber auch eben deswegen keine Geschäfte des *Mündels* selbst zu besorgen brauche <sup>38)</sup>; so können die Worte: *tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est*, dem ganzen Zusammenhange nach, gar keine andere Bedeutung haben, als die, „wenn aber ein solcher *tutor* *Auctorität* interponirt, dem die *Verwaltung* der *Tutel* untersagt ist.“ So erklärte diese Worte auch schon die *Glosse*, in welcher es heißt: *Expone hic, non est concessa, id est, est denegata a iudice, vel a testatore*. Diese Erklärung wird noch mehr durch die zur Erläuterung hinzugefügten *Beispiele* bestärkt, in welchen das *tutore auctore*

37) S. Francke *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien*. 1. Abth. S. 87.

38) S. Jöpsfl's *Vergleichung der röm. Tutel und Cura*. §. 12. S. 52.

emere, qui tutelam non gerat, dem eo auctore emere gleichgeachtet wird, qui a tutela fuerit remotus. Freylich drücken dann die Worte: *concessa non est*, weniger aus, als *interdicta*. Allein es ist ja bey den Römischen Juristen gar nicht ungewöhnlich, daß sie mehr gedacht, als durch die Worte ausgedrückt haben. Man nennt diese Figur *Liptotes*, in qua plus cogitatur, quam dicitur, wie Servius<sup>39)</sup> sagt. Mehrere Beyspiele davon haben Gerh. Noodt<sup>40)</sup>, van Idsinga<sup>41)</sup>, Joh. van Nispen<sup>42)</sup>, und Püttmann<sup>43)</sup>.

Es fragt sich nur noch, ob denn wirklich der Widerspruch und die Verwirrung so groß sey, wenn man *auctorari* in der L. 4. durch „Vorwort einlegen“ erklärt? Sollte einem Vormunde, dem die *administratio tutelae* untersagt ist, darum keinesweges auch das Recht zur *auctoritatis interpositio* zugleich mit entzogen seyn? Habe ich, wie ich glaube hinlänglich dargethan, daß *auctorari* hier durchaus nichts anders heißen könne, als *auctorem fieri*; so beantwortet unser Gesetz schon selbst die Frage. Das Geschäft ist ungültig, welches eo auctore ist, vorgenommen worden. *Id ratum a Praetore haberi non debet*, sagt unser Gesetz. Wo ist hier Widerspruch oder Verwirrung? Ja, sagt man, wer nicht Auctorität interponiren kann, ist nicht tutor! Warum nicht? Man denke

39) Ad VIRGILII Aen. X. v. 907.

40) Lib. XXVI. Tit. 8. §. *Sed apparet*.

41) Varior. iuris civ. Cap. XVII.

42) Diss. ad Herenquii Modestini IX. libros Differentiar., (in OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 68.)

43) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56.

Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th.

sich, der Pupill sey verstandlos. Hier kann der Tutor keine Auctorität interponiren, weil der Pupill nicht selbst handeln kann, sondern der Vormund die Geschäfte desselben allein besorgen muß. Er ist also deswegen wohl nur Curator, und kein Tutor. Nichts weniger. Er ist tutor. So belehrt uns Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum*<sup>44)</sup>. *Qui habent tutorem, pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur: eoque iuris utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat.* Quare, si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, *sive non habent, et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt, quia Lex XII. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* Wenn ferner ein tutor als suspect ist angeklagt worden, so wird ihm während des Processes die administratio tutelae untersagt<sup>45)</sup>. Er hört darum nicht auf Vormund zu seyn, so lange er nicht removirt worden ist. Kann er aber noch Auctorität interponiren? Ich möchte ein Gesetz kennen, welches ihm dieses Recht in diesem Falle gestatte. Allein die *L. 9. §. 5. D. de tutelae et ration. distrah.* sagt ja: *Si tutori curator sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere, quia tutor manet.* Ganz richtig, das heißt aber nur, er kann nicht eher mit der actio tutelae belangt werden, als bis er abgesetzt worden, und die Tutel geendigt ist, weil er bis dahin noch Tutor bleibt. Folgedenn

44) *L. 3. pr. D. de tutelis.*

45) *L. 7. C. de suspect. tutor. vel curator. (V. 43.)*

aber daraus, daß er bis dahin auch nach wie vor noch Auctorität interponiren könne? Gewiß nicht, weil der Tutor von der Person aus über das Vermögen gesetzt ist. Warum sollte denn auch dem tutor honorarius, wenn er auch gleich in der Regel auctoriren und geriren kann, nicht Beydes untersagt, und desselben Thätigkeit bloß auf die ihm übertragene Obergewalt über den tutor gerens, auf Abnahme der Rechnung, und Suspectpostulirung des verdächtigen gerens beschränkt werden können? *Dati sunt enim honorarii quasi observatores et custodes eius, qui gesserit, sagt Ulpian libro XXXV. ad Edictum* <sup>46)</sup>. Der tutor honorarius erscheint doch immer, im Verhältniß zum tutor gerens, als ein solcher, cui administratio tutelae concessa non est. Gleichwohl kann ihm so gut, wie dem gerens, eine Zahlung gültig geschehen, wie ebenfalls Ulpian sagt *libro XXX. ad Sabinum* <sup>47)</sup>. Zahlungen annehmen ist nun, wie zugegeben wird, ein Ausfluß der Administration. Der tutor honorarius kann sich also in die Administration der Tutel einmischen, eben so gut, als er bey den Geschäften, die der Pupill selbst eingeht, Auctorität interponiren kann. Soll er also das, was er als Tutor schon von selbst thun kann, nicht thun dürfen, so muß es ihm besonders untersagt worden seyn. Dieß sagt auch Ulpian in der letzten Stelle ausdrücklich in den Worten: *nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur*. Vergleicht man nun diese Stelle mit der *L. 4. D. de auct. tut.* so kann das: *cui administratio tu-*

46) *L. 3. §. 2. D. de adm. et peric. tut. et curat.*

47) *L. 14. §. 1. D. de Solut. (XLVI. 3.)*



*tela concessa non est*, in Verbindung mit dem Folgenden: *eo tutore auctore, qui tutelam non gerat*, und *sciens alium eius tutelam gerere*, gar nicht anders, als so verstanden werden, daß dem gerens die Administration der Tutel ausschließlich übertragen, dem honorarius aber die Einmischung in die Administration untersagt worden ist. Bey dem allen bleibt der Unterschied feststehen, daß nur der Tutor allein nach den Gesetzen die Gewalt, d. h. das Recht hat, die juristische oder bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen durch sein Vollwort zu ergänzen, und also nur er allein Auctorität interponiren kann, der Curator aber diese Befugniß nicht hat, wenn er gleich einem Pupillen gegeben worden ist. Daß sie der Tutor nicht immer in vorkommenden Fällen ausüben kann, thut nichts zur Sache, deswegen ist und bleibt er doch Tutor, wie aus den Gesetzen deutlich genug gezeigt worden ist.

§. 1390. a.

Fortsetzung. *Cura plena. Cura honorum.* Verschiedene Arten der letztern. Erklärung der *L. 5.* und *L. 9. h. t.*

Die Curatel, oder *cura, curatio* <sup>48)</sup>, wird also bloß für das Vermögen, als solches, bestellt, wenn die Person, welcher dasselbe gehört, solches zu verwalten gehindert ist <sup>49)</sup>. Sie kann nun von sehr verschiedener Art

48) *Pr. J. de tutelis. §. 3. J. de curation. L. 1. §. 1. L. 13. D. h. t.*

49) Man vergl. vorzüglich *Hug. DONELLUS Commentarior. Lib. III. Cap. 17 — 23.* (Vol. II. pag. 215 — 263.) *Jos. FINESTRAS et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros ad L. 48. D. de admin. et peric. tutor. pag. 264 — 269. und ad L. 1. §. 4. D. de muner. et honor. pag. 391 — 394.*

seyh, eine vollständige (*cura plena*) oder unvollständige (*cura minus plena*), je nachdem sie entweder mit dem Verwaltungsrechte verbunden ist, oder bloß die Aufsicht und Bewahrung einer Gütermasse, und allenfalls die Veräußerung von Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, zum Gegenstande hat<sup>50)</sup>. Von der erstern Art, welche im eigentlichen Sinn *cura* genannt wird, ist die Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Taube, Stumme, Blinde, Minderjährige und Pupillen; von der letztern aber die *cura bonorum*, von welcher sich in dem Römischen Rechte wieder mehrere Arten finden, nämlich

1) die *cura* über die Güter eines Abwesenden, für welche sonst nicht gesorgt ist, weil der Abwesende keinen Bevollmächtigten hinterlassen hat. Von dieser *cura* §. 1397. ein Mehreres.

2) Die *cura ventris*, welche eintritt, wenn eine Frau sich nach dem Tode ihres Ehemannes schwanger befindet, um die Güter, in deren Besitz sie gesetzt worden ist, dem noch ungeborenen Leibeserben desselben zu erhalten<sup>51)</sup>. Ulpian<sup>52)</sup> nennt einen solchen Curator, *bonorum ventris nomine curatorem*. Nach der Regel: *tutor personae datur*, konnte hier kein Tutor bestellt werden, weil von einer Person, als Subject bürgerlicher Rechtsfähigkeit, als *caput liberum* betrachtet, noch keine

50) DONELLUS Lib. III. Cap. 17. §. 2. pag. 216.

51) L. 48. D. de admin. et peric. tut. et curat. L. 1. §. 17  
— 24. D. de ventre in possessionem mittendo.  
(XXXVII. 9.)

52) L. 8. D. h. t.

Frage seyn kann, so lange das Kind noch ungeboren ist<sup>53)</sup>. Von dieser Curatel kann eigentlich erst in dem Titel *de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius* (Lib. XXXVII. Tit. 9.) die Rede seyn.

3) Die cura, welche bey Gelegenheit der *honorum possessio Carboniana* in dem Falle angeordnet wird, da einem unmündigen Kinde des Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde bestritten wird, weil es kein rechtes Kind des Erblassers sey, (*quod inter liberos non sit*)<sup>54)</sup>. Davon Lib. XXXVII. Tit. 10. *de Carboniano Edicto* ein Mehreres.

4) Die cura hereditatis iacentis, welche in dem Falle verfügt wird, da man noch nicht weiß, wer Erbe ist<sup>55)</sup>; oder der Erbe die Erbschaft noch nicht antreten kann, weil er unter einer Bedingung ist instituirt worden, und die *honorum possessio*, wie er könnte, nicht agnosciren, und Caution leisten will<sup>56)</sup>; ferner wenn der Erbe noch deliberirt, ob er die Erbschaft an-

53) L. 20. D. de tutorib. et curat. dat. *MODESTINUS libro VII. Differentiarum.* Ventri tutor a Magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est. *S. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 8. pag. 781.*

54) L. 1. §. 4. D. de Carbon. Edicto. (XXXVII. 10.)

55) L. 1. §. 4. in fin. D. de munerib. et honor. (L. 4.) *HERMOGEN. Lib. I. Epitomar.* His similes sunt bonis dati curatores. — Item custodiendis ab eo relictis bonis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti. — L. 8. D. Quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.)

56) L. 23. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)

nehmen soll, oder nicht <sup>57)</sup>). Ein solcher Curator kann auch auf Verlangen der Gläubiger bestellt werden, welcher dann, wenn diese auf ihre Bezahlung dringen, soviel von den Gütern veräußern kann, als zur Befriedigung derselben nöthig ist <sup>58)</sup>).

Es sind hier besonders folgende zwey Stellen merkwürdig.

*L. 48. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* HERMOGENIANUS *libro I. iuris Epitomarum.* Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plane <sup>59)</sup> rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur.

*L. 1. §. 4. D. de Munerib. et Honorib.* IDEM *eodem.* Aequae personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventri <sup>60)</sup>,

57) *L. 1. D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) *L. 22.*

*§. 1. D. de rebus auctoris iudicis possid.* (XLII. 5.)

58) *L. 23. §. 2. et 3. D. de heredibus instituend.* (XXVIII. 5.)

*G. Jo. Bernhard. FAIRER Diss. de cura hereditatis incertis. Jenae 1717.*

59) Einige Ausgaben, z. B. die des BAUDOZA CESTIVS, lesen plena.

60) Die meisten Ausgaben, Merlinus, Baudoza, Sakander, Miräus, und die neueste Ausgabe von Beck lesen *et ventris.* Jos. FINESTRES *et de MONGALVO* im Hermogen. ad h. L. pag. 391. bleibt aber bey der florentinischen Lesart, und beziehet das *etiam ventri* auf die nachfolgenden Worte: *curator datus.* Er liest denn aber auch

etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia: sed et <sup>61)</sup> in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur, ac, ne debitores liberentur, providetur. Item, ex Carboniano Edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est, et reverti speratur. Item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Aus dieser letztern Stelle ergibt sich, daß die cura plena und cura bonorum minus plena darin einander gleich sind, daß die eine, wie die andere, ein munus publicum ist, deren Uebernehmung derjenige, dem sie aufgetragen worden ist, eben so wenig, als eine Tutel, ablehnen kann, wenn er keine rechtmäßige Entschuldigungs-Ursachen anzuführen und zu beweisen vermag. Eine Ausnahme macht jedoch

5) die cura bonorum eines in Concurs gerathenen Schuldners <sup>62)</sup>. Zu dieser kann Niemand, ohne in dem höchsten Nothfalle, und ohne Genehmigung des Regenten, gezwungen werden <sup>63)</sup>. Denn da ein solcher Curator ex

in einer Periode, und wie er sich ausdrückt, uno spiritu bis auf die Worte: *His similes*.

61) FINSTARRA will statt: *sed et in liberis*: *sed etiam bonis* lesen.

62) *L. 2. pr. et §. 1. D. de curatore bonis dando. (XLIII. 7.)*

63) *L. 2. §. 3. D. eodem. ULPIAN. Lib. LXV. ad Edictum. Quaeritur: an iuventus curator fieri possit? Et CASSIUS scribit: neminem iuventum cogendam fieri bonorum ca-*

consensu maioris partis creditorum privato von der Obrigkeit gesetzt wird; so ist das Amt desselben mehr ein Privatgeschäft. Ueberhaupt handelt sich's hier von einer Sache, die mehr privati, als publici iuris ist <sup>64)</sup>. Von dieser cura honorum ist eigentlich in der Lehre vom Concurse der Gläubiger <sup>65)</sup> mit mehreren zu handeln, zu welcher auch der Tit. 7. Libri XLII. *de curatore bonis dando* gehört; es kommen aber doch in unserm Titel zwey dahin gehörige Stellen vor, welche einige Erläuterung bedürfen. Die eine ist *L. 5. h. t.* aus CAIUS *Libro IX. ad Edictum provinciale*, welche folgendermassen lautet.

Curator ex Senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti Senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant. Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside.*

Da das Senatusconsultum, von dem hier die Rede ist, das alte strenge Rechtsverfahren beim Güterverkauf eines insolventen Schuldners zu Gunsten der

*ratores*; quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi ex magna necessitate, et Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur.

64) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 23. §. 15. pag. 258. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 595. der 2. Aufl.

65) S. DABELOW Lehre vom Concurse der Gläubiger. (Halle 1801. 4. Kap. 20. S. 579. sqq.) und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 98—101.

Standespersonen milderte; so ist es zur Erläuterung nöthig, Etwas aus der Geschichte des alten Concursverfahrens, so wie es auch noch in den spätern Quellen sich findet, voranzuschicken.

Wenn nämlich ein Schuldner bey den Römern sich in dem Falle befand, daß seine Güter wegen Insolvenz verkauft werden mußten; so hatte ehemals folgendes Rechtsverfahren Statt <sup>66</sup>). Das Erste, was geschehen mußte, war, daß sich die Gläubiger an den Prätor wandten, und bey diesem darum anhielten, daß es ihnen erlaubt werden möchte, die Güter ex Edicto zu besitzen, solche öffentlich feil zu bieten, und zu verkaufen. Der Prätor bewilligte dieses durch ein Decret, wodurch die Gläubiger in die Güter ihres Schuldners eingesetzt wurden, das heißt, die Gläubiger erhielten eine *Possessio bonorum* <sup>67</sup>), sofern ihnen der Schuldner nicht etwa schon

66) C. GAJUS *Commentar. III. §. 77—81. und Lib. IV. §. 35.* THEOPHILUS *Paraphras. graec. Institution. Lib. III. Tit. 12. pr.* Besonders aber sind zu vergleichen Aug. Wilh. Heffter *Institutionen des röm. und teutschen Civilprocesses.* (Bonn 1825. 8.) VI. Buch. 2. Tit. C. 560—564. Frid. Car. Gust. STIEBER *de bonorum emtione apud veteres Romanos P. I. Lipsiae 1827. 8. Cap. III. und Puggé rechtsgeschichtliche Bemerkungen zur Lehre von der Bonorum Venditio, (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrgg. 1. Heft. Bonn 1828. C. 87—93.)*

67) CICERO *Orat. pro P. Quintio Cap. VI. nr. 25. (Opp. Vol. II. P. I. edit. OÆLLII. Turici 1826.)* *Postulata a Burrieno Praetore Naevius, ut ex Edicto bona possidere liceat. Jussit bona proscribi eius.* Diese Bonorum possessio fand ursprünglich in zwey Hauptfällen Statt, nämlich a) gegen iudicatos, wenn sie das iudica-

freywillig sein Vermögen abgetreten hatte, wie ihm ex lege Julia de cessione bonorum unter gewissen Umständen erlaubt war <sup>68)</sup>. Denn ohne ein solches Decret durften die Gläubiger den Schuldner aus seinen Gütern nicht vertreiben <sup>69)</sup>. Auch mußte die missio in das ganze Vermögen geschehen <sup>70)</sup>. Der Prätor mußte jedoch

tum nicht leisteten; b) gegen die fraudationis causa latitantes et indefensos absentes. Hierzu kamen in der Folge noch mehrere Veranlassungen, nämlich c) wenn sich zu einer verschuldeten Erbschaft kein iustus successor, neque heres, neque bonorum possessor, fand, und auch für den Fiscus kein Ueberschuß zu erwarten war, oder wenn d) der heres auspectus war, und die geforderte Satisfaction nicht aufbrachte. S. GAIUS *Comm. III.* §. 77. et 78. *L. 7.* §. 1. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) CICERO *Orat. pro P. Quintio* Cap. XIX. nr. 60. 61. et 62. et Cap. XX. nr. 65. Cap. XXI. nr. 66. et 68. *L. 1.* §. 1. *D. de iure fisci* (XLIX.) 14.) *L. 5. C. de bonis auct. iud. possid.* (VII. 72.) *L. 31.* §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Man vergleiche Heffter's angef. Institutionen S. 561. besonders STIEBER de bonor. emtione apud. vett. Romanor. Cap. II. §. 9 — 17.

68) S. Lib. XLII. Tit. 3. *D. de cessione bonorum.*

69) In dem Edict des Prätors, so wie uns dasselbe CICERO *pro Quintio* Cap. XXVII. nr. 84. aufbehalten hat, hieß es: *Qui ex Edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant; quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.*

70) CICERO *pro P. Quintio.* Cap. XXIX. nr. 89. *Omnino autem bona possessa non esse constitui: quod bonorum possessio spectatur non in aliqua parte, sed in*



haben sehr vorsichtig zu Werke gehen, weil ein solches Rechtsverfahren ex Edicto der bürgerlichen Ehre des Schuldners sehr nachtheilig war<sup>71)</sup>. Cicero<sup>72)</sup> nennt

*universis, quae teneri ac possideri possint.* Der hier vom Cicero gebrauchte Ausdruck *honorum possessio* ist von derjenigen *possessio* zu verstehen, quam creditor in bona missus habet. S. STIBBA cit. lib. Cap. III. §. 18. not. f. pag. 56.

- 71) CICERO *Orat. cit.* Cap. XV. nr. 49 et 50. Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero virorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuus amandatur. Etenim mors honesta saepe vitam quoque turpem exornat: vita turpis ne morti quidem honestae locum relinquit. *Ergo hercule, cuius bona ex Edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt, et domini constituuntur, qui qua lege et, qua conditione pereat, pronuntient: de quo homine praeconis vox praedicat, et pretium conficit: huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur: si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed honorum emtores, ut carnifices; ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas.* — Um den P. Quintius gegen diese Schande zu retten, setzt daher Cicero einen vorzüglichen Vertheidigungsgrund darin: *omnia QUINTII bona possessa non esse.* Cap. XXIX. n. 89. Er legt es dem Iudex Aquilius, der in diesem Proceß darüber zu erkennen hatte, dringend ans Herz, er solle bedenken, wie viel von seinem Richterspruch abhängt. Er sagt Cap. XVI. nr. 51. *Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt: Praetores, ut considerate fieret,*

es mehr als einmal eine *causa capitis*<sup>73)</sup>. Die Gläubiger konnten nun sogleich zur *proscriptio bonorum* schreiten<sup>74)</sup>, das heißt zur Feilbietung der im Besitz habenden Güter ihres Schuldners, welche durch einen öffentlichen Anschlag, *tabula proscriptiois, libellus*<sup>75)</sup>, *album*<sup>76)</sup>, *titulus*<sup>77)</sup>, *προγραφή*<sup>78)</sup>, geschah<sup>79)</sup>.

comparaverunt. — Considerant enim, *quid et quantum sit, alterius bona proscribere*. Besonders Cap. IX. nr. 33. *Judicium esse, C. AQUILLI, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quintii, vides*. Vergl. auch HEFFTER ad *Gaji Institution. Comment. IV. Cap. XVII. pag 88. sq.*

73) *Orat. pro P. Quintio. Cap. VIII. nr. 31. Cap. IX. nr. 32. Cap. XIII. nr. 44 et 45. Cap. XXXI. nr. 95.*

73) Man nannte nämlich im gemeinen lateinischen Sprachgebrauch auch eine bloße *causa existimationis*, mit welcher keine wahre *capitis deminutio* verbunden war, sondern welche bloß die bürgerliche Ehre minderte, *causa capitalis. L. 103. D. de Verb. Signif. C. MARZOLL* über die bürgerliche Ehre. S. 112. f. Daher konnte CICERO auch einen Proceß, welcher die bürgerliche Ehre in Gefahr brachte, eine *causa capitis* nennen. C. ERNESTI *Clav. Ciceron. voc. Caput*, und Niebuhr *Röm. Geschichte. 1. Th. S. 642. der 3. Ausg. Berlin 1828.*

74) *CICERO pro Quintio. Cap. VI. nr. 25. C. STIEBER de honor. emtione apud vet. Rom. §. 19. pag. 59.*

75) *CICERO pro P. Quint. Cap. XV. nr. 50. und de Officiis Lib. III. Cap. 17.*

76) *Tabula Heracleensis. P. I. (aeris Britann.) v. 15. 18. C. MAZUCHI ad h. l. not. 3. pag. 309. und Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. Bd. S. 161. und S. 197.*

77) *PLINIUS Lib. VII. Epist. 27.*

78) *Glossae nomicae ex rec. Car. LABBARI VOC. ἀλβον.*

Die Proscriptionsformel hat Theophilus <sup>80)</sup> auf folgende Art angegeben: Ὁ δεῖνα χρεωστῆς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐπέπεσε διαπραξέως ἡμεῖς κρεδίτωρες ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν ὠνητῆς ὁ βουλούμενος προσίτω. i. e. *Ille, qui debitor noster est, in causam venditionis bonorum incidit: nos, qui creditores sumus, bona eius vendimus: emtor; qui volet, adesto.* Hatten die Gläubiger die Güter des Schuldners auf solche Art 30 Tage besessen, (handelte sich's von dem Vermögen eines Verstorbenen, so genügten schon 15 Tage;) dann kamen die Gläubiger abermals bey dem Prätor zusammen, um ihn zu bitten, daß er ihnen erlauben möchte, einen magister bonorum vendendorum aus ihrer Mitte zu wählen <sup>81)</sup>. Dieser war es nun, welcher sich mit den Kaufsliebhabern auf gewisse Procente verglich, und dann dem Meistbietenden die Güter, und zwar im Ganzen, überließ. Der Grund, warum man einen solchen Magister wählte, war theils

(in OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 1711.) wo jedoch statt παραγραφᾶς richtiger προγραφᾶς gelesen werden muß. S. Jenaische allgem. Litteratur-Zeitung vom J. 1823. Nr. CXXV.

79) *Barn. BRISSONII Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. III. Cap. 8. und Jo. Casp. HEIMBURG Progr. de origine proscriptionis bonorum apud Roman. Jenae 1738.*

80) *Paraphr. gr. Institut. Lib. III. Tit. 12. pr.*

81) *GAJUS c. 1. Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX. possideri et proscribi: si vero mortui, post dies XV. postea iubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum, per quem bona veneant. S. auch CICERO ad Attic. Lib. I. Epist. 1. et Lib. VI. Ep. 1.*

der, welchen Theophilus <sup>82)</sup> angiebt, weil das persönliche Zusammenkommen der Gläubiger, besonders für diejenigen, welche sehr entfernt wohnten, mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden war, theils weil die Kaufsliebhaber mit einem weit leichter handeln konnten, als mit den sämtlichen Gläubigern <sup>83)</sup>. Der Accord mit den Gläubigern, welcher die Kaufbedingungen enthielt, hieß, wie Theophilus sagt, *Lex bonorum vendendorum*. War man nun auch über die Kaufbedingungen einig, so konnte doch der Zuschlag der Güter noch nicht gleich erfolgen, es mußte noch erst eine gesetzlich bestimmte Zeit abgewartet werden. Diese bestand, wie uns ebenfalls Gajus belehrt, wenn die Güter eines noch lebenden Schuldners verkauft wurden, in 30, bey einem verstorbenen aber in 20 Tagen. So war also bey der *Bonorum venditio*, zur Schonung des Schuldners, wenn dieser noch lebte, eine Frist von 60 Tagen gesetzt, um dem Schuldner Zeit zu geben, durch Anbieten eines Vergleichs mit den Gläubigern den Güterverkauf, und auf solche Art die bürgerliche Schande abzuwenden, welche desselben Folge war <sup>84)</sup>. Hierauf deutet auch wohl un-

82) Cit. loc. επειδή γὰρ δυσχερὲς ἦν, πάντας συνιέναι κατὰ τὰν τὸν κατ' ἐκάστην ἡμέραν ἐχειροτόνον ἐξ αὐτῶν ἴσα, ὅστις ἐλέγετο μάγιστρος, καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλευμένοις ἀγοράσαι ἰ. e. Nam quia difficile erat, omnes in unum quoque die convenire, unum ex ipsis deligebant, qui *MAGISTER* dicebatur, et ille deinde contrahebat cum iis, qui emere volebant.

83) G. STIBBER cit. lib. Cap. III. §. 20. pag. 61.

84) G. Heffter's Institutionen S. 562. und Puggé im Rhein. Museum a. a. D. S. 88.

streitig Gajus hin, wenn er sagt <sup>85)</sup>: *Quare autem tardius viventium honorum venditionem complere iubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile honorum venditiones paterentur* <sup>86)</sup>. Bey dem Güterverkauf eines Verstorbenen machte man so viel Umstände nicht, um die Gläubiger nicht unnöthiger Weise länger hinzuhalten, weil sich hier nicht leicht ein Defensor fand, und für diesen auch die beschränktere Frist genügte.

Also nur erst, wenn nach Ablauf des letzten Termins der Prator den Befehl zum Verkauf erteilte, konnten die Güter dem Käufer addicirt, das heißt, dem Käufer im Ganzen übereignet werden. Diese Adpiction, oder *Honorum venditio*, (wenn *addicere* heißt hier nichts anders, als verkaufen, oder den Verkauf vollziehen) geschah von dem Magister, nicht vom Prator, und diese ist es, mit welcher Gajus <sup>87)</sup> die *ignominia* in eine unmittelbare Verbindung setzt, während er von einer Person, *cuius bona a creditoribus possessa proscriptave sunt*, nur als einer *persona suspecta* spricht <sup>88)</sup>. Der auf solche Art vollzogene Güterverkauf hatte nun die Folge, daß der *honorum emptor* in alle Verbindlichkeiten und Rechte des Gemeinschuldners (in *universum ius debitoris*) succedirte, und die Gläubiger *ex lege venditionis* befriedigen mußte, welche daher auch ihre Ansprüche, so weit sie noch bestanden, gegen ihn auszuführen hatten <sup>89)</sup>.

85) *Comm. III. §. 79.*

86) Man vergleiche auch *L. 35. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid.*

87) *Comm. II. §. 154. C. Puggé C. 89.*

88) *Comm. IV. §. 102.*

89) *C. Heffter's Institutionen. C. 562.*

So wie nämlich der Magister vor der Abdiction den Schuldner vertrat, statt seiner handelte, utiliter klagte, und verklagt wurde <sup>90)</sup>; so trat nunmehr der Käufer durch den Zuschlag an die Stelle des Schuldners; den er, wie ich nachher ausführlicher zeigen werde, iure praetorio succedirte. Dieser wurde nun von den Gläubigern auf die verabredete rata utiliter belangt <sup>91)</sup>. Dahingegen standen aber auch dem Bonorum emtor verschiedene Rechtsmittel zu. Gajus giebt, auffer dem Interdictum possessorium, zur Erlangung des schnellen Besizes, ähnlich dem Interdicto quorum bonorum des prätorischen Erben <sup>92)</sup>, dem Käufer namentlich noch zwey Klagen, die *Rutiliana* und *Serviana actio* <sup>93)</sup>. Beyde Klagen waren fictitiae actiones. Waren nämlich die Güter eines verstorbenen Schuldners verkauft worden, so klagte der Käufer, als wenn er dessen Erbe wäre, mit der, vom

90) L. 2. §. 1. et 2. D. de curatore bonis dando. (XLII. 7.)

Daß hier in Ulpian's libro LXX. ad Edictum vom magister die Rede gewesen, an dessen Stelle der hier substituirte Curator bonis distrahendis getreten, beweisen die Worte: neque iudicatum selvi nomine eius, cuius bona veneunt. Das Räthsel wird sich nachher auflösen.

91) Gajus Instit. Comm. III. 80. et 81. IV. 35.

92) Comm. IV. §. 145.

93) Comm. IV. §. 35. Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit, sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur: quae species actionis appellatur *Rutiliana*, quia a Praetore PUBLIO RUTILIO, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est: superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emtor agit, *Serviana* vocatur.

Prätor Servius benannten, *actio Serviana*; waren aber die Güter eines Lebenden verkauft worden, so ward fingirt, der *honorum emptor* klage, als wäre er des Schuldners Procurator<sup>94)</sup>, und gab ihm die vom Prätor Publius Rutilius eingeführte *Rutiliana actio*, welche ganz die Formel der Klage eines Procurators hatte<sup>95)</sup>. Der Käufer mußte daher die Proceßcautionen des Procurators leisten, von welchen er als Erbe frey war<sup>96)</sup>. Dort wurde aus des Schuldners Person intendirt, und auf den Kläger selbst die Condemnation gestellt; welches in dem Falle, da eines Verstorbenen Güter waren verkauft worden, nicht geschehen konnte<sup>97)</sup>. Gajus macht bey dieser Gelegenheit die Bemerkung, man sage, die *Bonorum venditio* sey durch den Prätor Publius Rutilius eingeführt worden. Es war ohne Zweifel der Publius Rutilius Rufus, der im Jahr 649 der St. R. Consul war<sup>98)</sup>. Hieraus erklärt sich nun, wenn Gajus<sup>99)</sup> die *emptio honorum* zu den *modis* zählt,

94) Man vergleiche Puggé über die *Bonorum Venditio*, in dem Rhein. Museum. 2. Jahrgg. S. 93. Aug. Guill. HEFFTER ad Gaii Institut. Comm. IV. §. 35. pag. XVIII. und vorzüglich Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 3. B. (Heidelberg 1829.) §. 80. S. 254. fg. wo überhaupt diese Materie am ausführlichsten und gründlichsten ist abgehandelt worden.

95) GAJUS *Comm. IV.* §. 86.

96) S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 592. S. 860. der 2. Ausg.

97) S. Zimmern a. a. D. S. 255. und §. 156.

98) S. Jans. ab ALMBLOVEN *fasti Rom. consular.* pag. 95. und Zimmern *Gesch. des Röm. Rechts.* 1. B. 1. Abth. §. 75. a. S. 280. ff. bes. Not. 20. u. 3. B. §. 76. S. 237.

99) *Comm. II.* §. 97. et 98.

quibus *per universitatem* res nobis adquirantur. Sie begründete aber keine civilrechtliche, sondern eine pratorische Universalsuccession, welche mit der Bonorum possessio darin eine Aehnlichkeit hatte, daß sie auch, wie diese, ex Edicto gesucht und verfügt ward<sup>100)</sup>, nur von solchen Obrigkeiten, penes quos erat imperium<sup>1)</sup> nämlich vom Prätor, und Präses der Provinz, nicht von Municipal, Magisträten, verfügt werden konnte<sup>2)</sup>, und auch der Käufer durch diese emtio honorum keine andere Rechte erhalten konnte, als der pratorischer Erbe, ehe er usucapirt hatte, denn beyde, sagt Theophilus<sup>3)</sup>, sind pratorische Successoren. Die Stelle selbst ist merkwürdig, wo er von den Wirkungen der emtio honorum spricht. Die hieher gehörigen Worte lauten folgendermassen: *πάσαι αἱ ἀγωγαί, αἱ τινες ἡρμοζόν τῷ υποστάτι τὴν bonorum βενδιτίωνα, καὶ ὅσαι ἦσαν κατ' αὐτοῦ, αὐταὶ μετεφέροντο ἐπὶ τὸν bonorum ἔμπωρα, καὶ οὐτιλίως ἐνήγε καὶ ἐνήγετο, ὥσπερ καὶ ὁ bonorum possessor. ἀμφοτέροι γὰρ πραιτωριοὶ διάδοχοι. i. e. omnes actiones, quae subeunti bonorum venditionem compete- bant, et quotquot adversus eum erant, illae in bonorum emtorem transferebantur, atque utiliter et agebat, et conveniebatur, sicuti et bonorum possessor: ambo enim praetorii sunt successores.*

100) CICERO *ad Attic. Lib. VI. Epist. 1.* und *pro Quintio cap. XXVII. nr. 84.*

1) *L. 3. et 4. D. de iurisd.*

2) *L. 4. §. 4. D. de damn. inf. (XXXIX. 2.) L. 26. §. 1. D. ad Municipal. (L. 1.) C. STIEBER. §. 8.*

3) *Paraphr. gr. Institut. Lib. III. Tit. 12. pr. Tom. I. pag. 611. edit. Reitz.*



Das Eigenthum, welches der emtor honorum erwarb, konnte also nicht ex iure Quiritium, sondern nur das in bonis seyn, wie Gajus \*) lehrt.

- 4) *Comm. III. §. 80. Neque — bonorum possess — pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur: — autem ita demum acquirantur, si usucapiantur.* Diesem scheint zwar *M. Terent. VARRO de Re Rustica Lib. II. Cap. 10. (Scriptor. Rei Rust. Vol. I. pag. 197. edit. Bipontin.)* zu widersprechen, wenn er sagt: *In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: — tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit.* Nach dieser Stelle sollte man fast glauben, es sey quiritarisches Eigenthum auf den emtor honorum übergegangen. Ja es scheint sich dieses noch mehr dadurch zu bestätigen, daß *S. POMP. FESTUS de Verbor. Signif. voc. Hasta* sagt: *Hastae subiiciuntur ea, quae publice venundabant, quia signum praecipuum est hasta; besonders wenn man erwägt, daß die Hasta gebraucht wurde zur Bezeichnung eines quiritarischen Rechts.* Allein *Varro* spricht ja nicht von der venditio honorum, die auf Antrieb der Gläubiger durch einen Magister vollzogen wurde, sondern von der sectio, wodurch das an den Staat verfallene Vermögen eines proscripti, oder iudicio publico damnati, oder eines Verstorbenern, dessen Erbschaft dem Fiscus anheimgefallen war, unter öffentlicher Auctorität des Prätors per universitatem verkauft wurde, wovon der Käufer sector hieß. *CICERO pro Roscio Amerino. Cap. XXXVI. n. 103. pro P. Quintio. Cap. XLIII. n. 126. in Verrem. Lib. I. cap. 20. C. Q. ASCONII PEDIANI Commentat. in III. contra Verrem. Oration. pag. 59. et 63. (edit. Franc. HOTOMANI Lugduni 1551. 8) (Lugd. Batav. 1644. pag. 84. et 88.) besonders GAJUS Institution. Comment. IV. §. 146. „Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectoriam, quod sectores vocantur, qui publica bona mercantur.“* Diese hatte bona publica zum Gegenstande,

Ein solches strenges, der bürgerlichen Ehre so höchst nachtheiliges Concursverfahren konnte man nicht füglich

welche der Staatskasse zugefallen waren. Die Beschlagnahme des Vermögens geschah hier so, daß der Prätor die Quästoren des öffentlichen Schatzes in die bona einwies. LIVIUS Lib. XXXVIII. cap. 60. CICERO in *Verrem* Lib. I. cap. 20. S. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. 3. Abh. S. 202. ff. und Zimmern Gesch. des R. PrivatR. 3. B. S. 76. S. 236. Not. 10. Bey dieser Sectio geschah, wie bey der Auctio, die Feilbietung sub hasta, wie die Stelle des Festus beweist, und durch einen unter diesem Symbol obrigkeitlich vorgenommenen Verkauf erworb der Käufer quiritarisches Recht. S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte S. 521. S. 752. der 2. Ausg. Puggé rechtsgeschichtl. Bemerkungen, im Rhein. Museum 2. Jahrgg. S. 91. besonders Zimmern Gesch. 3. Bd. S. 76. S. 237. Not. 11. Bey der honorum venditio eines in Concurs verfallenen Schuldners wird der hasta nie gedacht, so wenig wie das Wort Sectio von einem solchen Privat-Concurse vorkommt. S. STRIEBER de honor. emtione P. I. §. 22. Von einem öffentlichen Verkaufe, welcher von Seiten des Staats vorgenommen ward, dem das subhastirte Vermögen angefallen war, spricht auch nur Festus, wie die Worte, *quae publice venandabant* klar bewelsen. Beydes unterscheidet genau GAJUS *Instit. Comm.* III. §. 154. wenn er sagt: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas.* Jenes ist der Fall, wenn das Vermögen eines Socius confiscirt wird, dieses, wenn er in Concurs verfällt. In solchen Fällen mußte sich freylich die Societät auflösen. § 7. *J. de Societ.* (III. 26) S. VINNI Comm. ad h. §. et HIRSCHOUS ad Fund. Wenn GAJUS in der zu Anfang dieser Note angeführten Stelle noch die Worte beyfügt: *Interdum quidem bonorum emtoribus*, welche jedoch ganz lüdenhaft sind; so scheint er allerdings Fälle angeführt zu haben, wo die honorum emtio ein dominium civile gab, wie auch Puggé a. a. D.

bey solchen Personen eintreten lassen, welche *clarae* und *illustres personae* waren, z. B. wenn ein Senator, oder dessen Gattin sich in dem Falle befanden, daß ihr Vermögen Schulden halber verkauft werden mußte. Es ward daher, vielleicht unter *Hadrian*, ein *Senatusconsultum* gemacht, vermöge welchen das Vermögen eines solchen insolventen Schuldners, welcher zu den Standespersonen gehörte, nicht im Wege des gewöhnlichen strengen Concursverfahrens durch einen *Magister*, sondern einzeln durch einen *Curator* sollte verkauft werden dürfen. *Neratius Priscus* <sup>1)</sup> und *Juventius Celsus* <sup>2)</sup>, welche beyde unter *Hadrian* blühten, haben dieses *Senatusconsultum*s zuerst gedacht, von dem sich auch wohl aller Wahrscheinlichkeit nach dasselbe herschreibt <sup>3)</sup>. Der *Curator honorum* kann also wohl nicht, wie *Schweppe* <sup>4)</sup> behauptet, eben so alt, wie die *Immission* selbst seyn. Um also die *ignominia, quae accedit ex venditione honorum*, wie *Gaius* <sup>5)</sup> sagt, von solchen Standespersonen abzuwenden, pflegte der Senat in vorkommenden Fällen zu erlauben, daß

§. 92. mit Recht bemerkt hat. Allein eine prätorische *honorum venditio* konnte dieses nicht seyn, weil diese nicht *sub hasta* geschah, also nur eine solche, von welcher *VARRO* spricht. Den Unterschied zwischen *Sectio* und *emptio honorum* hat übrigens sehr genau auseinandergesetzt *STIEBER* in der angef. Schrift §. 2 — 7. Man vergl. auch *Heffters* Institutionen des röm. und teutsch. Civil-Processus. S. 560. Not. 1.

5) *L. 9. D. h. t.*

6) *L. 3. D. de curatore bonis dand.*

7) *S. STIEBER* angef. Schrift. §. 20. pag. 62.

8) *Röm. Rechtsgeschichte.* §. 595. S. 862.

9) *Comm. II. §. 154.*

das Vermögen des Schuldners, und zwar nicht, wie bey der venditio honorum, per universitatem, sondern die Vermögensstücke einzeln durch einen Curator verkauft werden konnten, welcher denn aus ihrem Erlös die Gläubiger befriedigte<sup>10)</sup>. Da der Verkauf hier im Einzelnen geschähe<sup>11)</sup>; so werden nicht, wie bey der honorum venditio, die Ausdrücke *bona venire, vendi, proscribi*<sup>12)</sup>, sondern *ea distrahi*<sup>13)</sup> oder *alienari*<sup>14)</sup> gebraucht. Daher heißt es in unsrer L. 5. h. t. Curator constituitur *distrahendorum bonorum gratia*. Eben deswegen, weil hier keine proscriptio und venditio honorum per universitatem geschähe, ward die Infamie vermieden. Gajus sagt, auf diesen Schimpf hin deutend: Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator constituitur distrahendorum bonorum gratia* vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside. Die Kaufgelder wurden von dem Curator Namens der Gläubiger beygetrieben, und pro rata nach dem Vorzug ihrer Forderungen unter

10) G. Heffter Institutionen. S. 563.

11) G. STIEBER de honor. emtione. P. I. §. 20. pag. 62.

12) CICERO *pro Quintio*. Cap. VI. nr. 25. Cap. XVI. nr. 51. Cap. XXIII. nr. 73. et 75. *ad Atticum*. Lib. I. Ep. 1. L. 6. §. 1. D. *Quib. ex caus. in possess. eat.* L. 7. §. 1. D. *codem*. GAJUS *Institut. Comm. II.* §. 154. et §. 155. *Comm. III.* §. 77 — 79.

13) L. 23. §. 2. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) L. 4. et 5. D. *de curator. bonis dand.* (XLII. 7.) L. 2. pr. D. *codem*. L. 9. D. *h. t.*

14) L. 7. §. 1. D. *h. t.* L. 31. §. 4. D. *de reb. auct. iud. possid.* (XLII. 5.)

sie vertheilt<sup>15)</sup>. Papius Justus *libro I. de Constitutionibus*<sup>16)</sup> führt ein Rescript von den Kaysern Antoninus und Verus an, woraus man sieht, die Wohlthat des Senatusconsultums müsse damals noch ein Vorrecht der Standes-Personen gewesen seyn. Allein späterhin ward der Verkauf durch einen Curator die all-gemeinere Form, obwohl den Gläubigern Anfangs noch die

15) S. Schwegge Röm. Rechtsgesch. §. 594. und 595. Von dem Unterschiede zwischen curator und magister haben ausführlich gehandelt *Emund. MERILLIUS Observat. Lib. V. Cap. 37.* und *STRIBER P. I. §. 20. pag. 61. sq.* Man sehe jedoch *Zimmern Gesch. Bd. 3. §. 79. S. 252. Not. 25.*

16) *L. 4. D. de curatore bonis dando.* Imperatores ANTONINUS et VERUS Augusti rescripserunt: bonis per curatorem *ex Senatusconsulto* distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere. Der griechische Scholiast in den *Basilic. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 12. Sch. pag. 180. edit. Fabroti* versteht zwar diese Gesetzstelle ganz richtig von der Veräußerung der Güter eines Senators, worin ihm auch *Fabrot* Recht giebt; allein unrichtig ist wohl das ante gesto durch ἐκ τοσσεμύτων gegeben. Die Worte: nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere, deuten vielmehr auf die Folge der Infamie hin, welche mit der venditio honorum verbunden war. Der Schuldner wurde als ein capite dominatus behandelt, so daß nulla actio (sc. civilis) ex ante gesto weder ihm zustand, noch gegen ihn Statt hatte. *L. 40. D. de operis libertorum. (XXXVIII. 1.) L. ult. §. 7. D. Quae in fraud. credit. S. Christ. Frid. MÜHLENBRUCH Observation. iuris Rom. Specim. I. Regiom. 1818. 8. Cap. I. pag. 15. sq. und Zimmern Gesch. des R. R. 3. Bd. §. 76. u. 77. auch §. 80.* In diese Strafe verfiel der Schuldner, der sich durch Hintergehung der Gläubiger des beneficii Senatusconsulti unwürdig gemacht hatte.

Wahl gelassen war, ob sie den Weg der Distraction durch einen Curator, oder den Weg der förmlichen venditio einschlagen wollten. Jedoch scheint dieß wohl nur bey solchen Schuldnern der Fall gewesen zu seyn, welche nicht zu den Standespersonen gehörten <sup>17)</sup>. Jenes ward jedoch zuletzt die allein übliche <sup>18)</sup>. Das Verfahren durch venditio bonorum kam nämlich sammt den Magister ganz ab, weil die Weltläufigkeit und Schwerfälligkeit dieser Form, welche Theophilus <sup>19)</sup> mit Recht eine *διὰ πολλῶν κύκλων, καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη*, d. h. *per multas ambages multosque circuitus facta*, nennt, sich nicht mehr mit der spätern Gerichtsverfassung, oder den *iudiciis extraordinariis* vertrag, wie uns Justinian <sup>20)</sup>, und so auch sein Paraphrast <sup>21)</sup> auf eine etwas räthselhafte Art belehren <sup>22)</sup>. Der Curator trat also nun

17) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 255.

18) S. Heffter's Institutionen. S. 563.

19) *Paraphr. graec. Institut. Lib. III. Tit. 12. pr.* (Tom. I. pag. 609. edit. Reitz.)

20) *Pr. J. de succession. sublat. (III. 12.) Sed cum extraordinarius iudiciis posteritas usu est: ideo cum ipsis ordinarius iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere.*

21) *Cit. loc. σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδινάριων ὄντων, — εἰκότως αἱ bonorum venditiones εἰσὶν ἐν ἀχρηστία: d. h. Hodie autem, quum iudicia sint extraordinaria, — consequenter bonorum venditiones non sunt in usu.*

22) S. Jac. COJACII Commentar. ad tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 57. et 58. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte S. 590. der. 2. Ausg. und Zimmern Gesch. 3. B. §. 80. a. S.

an die Stelle des Magisters, und es wurden alle mit dem Begriff der Universalsuccession nicht im Widerspruch stehende Grundsätze vom magister auf den curator bezogen<sup>23)</sup>. Wo daher in den Schriften der Röm. Juristen von dem Magister die Rede war, da wurde das Wort curator substituirt<sup>24)</sup>. Deswegen ist aber doch nicht anzunehmen, daß überall, wo es jetzt curator heißt, in den ältern Rechtsquellen magister gestanden habe, wie von mehreren<sup>25)</sup> behauptet worden ist. Cornel. van Bynkershöf<sup>26)</sup> hat diesen Irrthum schon zur Genüge widerlegt, wiewohl sich auch nicht mit ihm behaupten läßt, daß schon zur Zeit der Pandectisten überall nur von Curatoren die Rede gewesen wäre. Es scheint vielmehr die bonorum venditio noch zu Diocletian's Zeiten vorgekommen zu seyn<sup>27)</sup>. Ob durch Interpolation für magister das Wort curator gesetzt worden ist, erkennt man aus den gebrauchten Ausdrücken, ob nämlich die Ausdrücke *bona vendere*, *bona venire*, oder *bona distrahere* gebraucht worden sind. Ist das Erstere, so stand gewiß in den ächten Quellen der Pandecten das Wort magi-

23) L. 9. §. 3. D. de reb. auct. iud. possid. S. Zimmermann Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 256.

24) G. POTHIER Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 7. Nr. III. Not. c. pag. 190.

25) G. CUVACIUS Paratitl. ad Lib. L. Dig. Tit. 8. und WISENBACH Emblem. Tribon. Cap. VI. ad L. ult. D. de curat. bonis dand. pag. 127. sq. (edit. Heinecc. Halae 1736. 8.)

26) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 14.

27) L. 6. L. 9. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis. (VII. 72.) S. Zimmermann Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257.

ster. In dem letzten Falle hingegen hat es auch ohne Zweifel schon ursprünglich curator geheißen; wie z. B. in unserer L. 5. auch L. 9. h. t. Hier, wo so genau zwischen bona venire, bona vendere, und bona distrahere unterschieden wird, ist eben so wenig eine Interpolation anzunehmen, als in L. 22. D. de minorib. und L. 9. §. 3. D. de reb. auct. iud. possid.<sup>28)</sup> Indessen ist denn auch freylich oft durch Interpolation für vendere oder venire bona ein distrahere substituirt worden<sup>29)</sup>.

Das andere Gesetz dieses Titels ist die L. 9. aus NERATII libro I. Membranarum, folgenden Inhalts:

Cuius bonis distrahendis curatores facere Senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim integra re potestas ipsis est, utrum velint, eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam

28) Man vergl. hier vorzüglich STIEBER P. I. §. 20. pag. 63. sq. und §. 9. pag. 26. auch Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 79. S. 252.

29) Man vergleiche z. B. §. 1. I. de hered. qualit. et different. (II. 19.) mit GAJUS Comm. II. §. 154. wo dieser sagt: ut si creditoribus satis non fiat, potius heredis, quam ipsius testatoris bona veneant; statt dessen die Institutionen §. 1. cit. haben: potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. S. STIEBER P. I. §. 3. pag. 12. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257. Not. 10.



et tunc ex integro alius curator faciendus est: neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexus, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, *quam* <sup>30)</sup> in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.

Auch dieses Fragment von Neratius bezieht sich auf jenes Senatusconsultum, wovon die obige L. 5. sprach, welches eigentlich nur eine Wohlthat für Standespersonen war. Den Gläubigern war daher nicht erlaubt, bona sc. cum Senator, vel eius ordinis debitor esset, vendere, zu deren Distraction der Senat auf Verlangen der Gläubiger einmal einen Curator gegeben hatte. Denn der Weg der Distraction war ein beneficium debitorum Senatorii ordinis, wie es in diesem Gesetz ausdrücklich genennet wird. Nur in andern Fällen scheint der Senat den Creditoren die Wahl gelassen zu haben, ob sie die bona ihres Schuldners durch einen Magister wollten im Ganzen verkaufen, (vendere), oder einen Curator bonorum distrahendorum causa bestellen lassen. Diese Wahl wird nun in diesem Gesetz anerkannt, und zugleich vom Neratius bemerkt, daß eine solche Wahl unabänderlich sey, zumal wenn sich der Curator

30) Statt *quam*, wie die Florentine liest, substituirt Bed mit Halsander *quas*. Allein die florentinische Lesart, welche einen vollkommenen richtigen Sinn hat, bestärken die *Scholia Basilicor.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. X. p. 171. Sch. u. Die Stelle selbst wird nachher vorkommen.

einmal dem Geschäft der distractio bonorum unterzogen hatte, weil hierbey auch der Schuldner gewann, denn eine solche Distractio, d. i. ein Verkauf im Einzelnen, hatte die Folge, daß ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben werden mußte <sup>31)</sup>. Aber wie nun, wenn der Curator starb, ehe er die Distractio vollendet hatte? wer sollte nun das Geschäft vollenden? Etwa desselben Erbe? Der könnte ja aber entweder wegen Geschlechts, Eigenschaft, oder wegen Alters, Schwäche zu diesem Geschäft ganz untüchtig seyn. Er könnte auch eine höhere oder geringere Würde bekleiden, als bey dem verstorbenen Curator war berücksichtigt worden. Und wie wenn der Erben mehrere seyn sollten? Das Geschäft durch alle vollenden zu lassen, wäre weder rathsam noch zweckmäßig; Einen aber allein damit zu belästigen? mit welchem Grunde hätte man dieses rechtfertigen können? Neratius giebt daher den Gläubigern den Rath, sie sollen einen neuen Curator bestellen. Eine Cautel, deren Neratius in seinen *libris Membranarum* mehrere gegeben hat <sup>32)</sup>. Der griechische Scholiast versteht jedoch dieses Fragment so, als ob auch in dem Falle, da der Schuldner ein Senator ist, der Senat den Creditoren die Wahl zwischen vendere und distrahere gelassen habe. Er sagt nämlich:

Ὅταν συγκλητικὸς κατάχρεως ἐστίν, ἐκέλευσεν ἢ σύγκλητος, ὡς καὶ πρὸ μικροῦ εἶρηται, κουργάτωρα δίδουσαι ἐπὶ τῇ διαπράσει τῆς οὐσίας αὐτοῦ,

31) C. Schwegge Röm. Rechtsgesch. §. 590. S. 858. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 3. Bd. §. 80.

32) C. Jo. Conr. SICKEL Exercitat. de Neratio Prisco, praes. Crist. Gottl. RIEHTERO def. Lipsiae 1788. Cap. IV. besonders pag. 50—52.

ἐξ αἰτήσεως τῶν δανειστῶν αὐτοῦ. Ἐὰν δὲ ἅπαξ προβληθῇ ὁ κουράτωρ, οὐκέτι ἔξεστι τοῖς δανεισταῖς δι' ἑαυτῶν πωλεῖν τὴν τοῦ συγκλητικοῦ οὐσίαν· ὡςπερ γὰρ ἐν ἀρχῇ τοῦ πράγματος ἐξουσίαν εἶχον ἀπαιτῆσαι δοθῆναι τὸν κουράτωρα, ἢ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν κουράτωρα, ἀλλ' αὐτοὶ γενέσθαι ἐπὶ νουμῆ τῆς οὐσίας, καὶ δι' ἑαυτῶν πωλῆσαι αὐτήν, ἢ ἄλλως πως τὰ περὶ αὐτὴν διοικῆσαι· οὕτως ἐπιλεξάμενοι τὸ ἕν, ὀφείλουσιν ἀπέχεσθαι τοῦ ἑτέρου· πολλῶ δὲ μᾶλλον εἰ καὶ γέγονε κουράτωρ, καὶ ἤρξατο πωλεῖν τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα. Εἰ καὶ ἐτελεύτησε μὴ πληρώσας τὴν πρᾶσιν πάσης τῆς οὐσίας τοῦ συγκλητικοῦ, ἀλλ' ἄνωθεν ἕτερον κουράτωρα αἰτεῖν οὐδὲ γὰρ δεῖ τὸν κληρονόμον τοῦ πρώτου κουράτωρος βαρύνεσθαι τῇ κουρατωρείᾳ· ἔστι γὰρ ἢ διὰ φύσιν συνοῦσάν ὁ κληρονόμος, ἢ διὰ τὴν τῆς ἡλικίας ἀσθενειαν, ἢ διὰ τὸ εἶναι πολλῶ μείζονα ἀξίαν ὑπὲρ τὸν κουράτωρα, ἢ πολλῶ καταδεέστερον αὐτὸν εἶναι (τὸν πρῶτου κουράτωρα) ἀνεπιτήδειος πρὸς τὴν κουρατωρείαν· εἰκὸς δὲ καὶ πολλοὺς γενέσθαι κληρονόμου τοῦ κουράτωρος· καὶ οὐ συμφέρει διὰ πάντων πωλεῖσθαι τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα· οὐ γὰρ δυνατόμεθα λέγειν ἕνα τῶν κληρονόμων βαρύνεσθαι μόνον, τοὺς δὲ λοιποὺς ἀπαλλάττεσθαι καλῶς οὖν εἴρηται τὸ ἄλλον ἄνωθεν αἰτεῖσθαι κουράτωρα.

*Cum Senator debitor est, Senatus iubet, ut paulo ante dictum est, distrahendis bonis eius curatorem dari ex postulatione creditorum eius. Quodsi semel constitutus sit curator, iam non licet creditoribus Senatoris bona per se vendere: nam sicut initio rei in eorum arbitrio est, utrum velint curatorem dari, an non velint curatorem,*

*sed se in possessionem bonorum mitti, eaque per se distrahi, vel quovis alio modo administrari, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent: et multo magis, si iam factus curator, coepit vendere Senatoris bona. Sed si decesserit, non perfecta venditione omnium bonorum Senatoris, rursus alius curator petendus est, nec enim curatione onerari oportet heredem prioris curatoris. Potest enim heres vel propter sexum muliebrem, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam fuerit in priore curatore, non esse idoneus ad curationem. Forte et plures ei heredes existunt, et per omnes vendi bona Senatoris non expedit, nec potest dici, unum eorum tantum potius onerandum esse, quam ceteros. Itaque rectius est, alium curatorem peti.*

In diesem Titel ist nur eigentlich von der cura plena die Rede, jedoch mit Ausschluß der Curatel der Minderjährigen, von der schon oben gehandelt worden ist. Für die cura sind nun folgende allgemeine Sätze vorauszuschicken.

1) Die Art der Bestellung derselben weicht von der Tutel darin ab, daß sie nicht, wie diese, unmittelbar durch Testament, d. h. auf eine solche Art bestellt werden kann, daß der Berufene ipso iure Curator würde. Hat der Vater dennoch einem nicht unmündigen Kinde z. B. wegen Wahnsinns, oder wegen Hangs zur Verschwendung einen Curator im Testamente gesetzt, so ist die Bestellung anders nicht gültig, als wenn der Curator von der Obrigkeit bestätigt worden ist <sup>33)</sup>. Die Confirmation

33) §. 1. in fin. J. de Curator. L. 1. §. 3. D. de confirm.

geschieht aber, wie bey einem ungültig vom Vater bestellten Tutor, *citra inquisitionem*<sup>34)</sup>. Die Obrigkeit ist verbunden, den Willen des Vaters zu befolgen, auch wenn er einen Sohn, der über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, als einen Wahnsinnigen oder Verschwender unter die Curatel gesetzt hat. Auch in diesen Fällen ist die Obrigkeit von den Gesetzen angewiesen, den im Testament verordneten Curator ohne Weiteres zu bestätigen. Man möchte zwar glauben, es komme in solchen Fällen doch immer noch erst darauf an, ob denn der Sohn auch wirklich wahnsinnig, oder Verschwender, und ihn also als einen solchen unter Curatel zu setzen nöthig sey. Allein die Gesetze erfordern deswegen, keine weitere Untersuchung. Hat der Vater den Sohn einmal für einen Wahnsinnigen, oder für einen Verschwender im Testament erklärt, und es nicht etwa für rathsamer gehalten, demselben wegen Blödsinns oder wegen seiner Neigung zur Verschwendung *bona mente* zu enterben, die Kinder, die er etwa hat, statt seiner zu bedenken, und ihm bloß den hinreichenden Lebensunterhalt auszusetzen<sup>35)</sup>;

*tut. vel curat. L. 7. in fin. Cod. de testam. tut. C. den 29. Th. des Commentars §. 1321. C. 468—470.* Man vergleiche aber noch besonders *Jac. Cujacius Observation. Lib. VII. Cap. 6. Ant. FABER Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. II. pag 1083—1085. und Hug. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 4—6. pag. 233. sq. (Vol. II. edit. noviss. Hoenig. Bucher. Norimb. 1805. 8.)*

34) *L. 6. D. de confirm. tut. vel curat. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furiosi vel prodigi. C. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. IV. Illat. 21. pag. 778.*

35) *C. den 7. Th. des Commentars §. 551. C. 255.*

(wodurch jedoch der Vater, wie wir nachher sehen werden, nicht immer seinen Zweck erreichen wird) so muß ihn auch die Obrigkeit als einen solchen behandeln, und den im Testament bestellten Curator, dem Willen des Vaters gemäß, bestätigen. Ueber alles dieses hat uns Trypho- ninus in einer aus desselben *Lib. XIII. Disputatio- num* <sup>36)</sup> genommenen Stelle ausführlich belehrt. Er sagt daselbst:

Si furioso puberi, quamquam maiori annis vi-  
ginti quinque, curatorem pater testamento dederit:  
eum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem;  
manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut  
rescripto *Divi MARCI* continetur. §. 1. His conse-  
quens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pa-  
ter, voluntatem eius sequi debeat Praetor, eumque  
dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si  
futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento  
cavisset, Praetor ei bonis interdicturus esset? et  
maxime si filios habeat iste prodigus? §. 2. Potuit  
tamen pater et alias providere nepotibus suis, si  
eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium,  
eique, quod sufficeret alimentorum nomine, ab eis  
certum legasset, addita causa necessitateque iudicii  
sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quo-  
niam emancipato iam filio nati fuissent, sub con-  
ditione eos heredes instituere, ut emanciparentur  
a patre prodigo. §. 3. Sed quid, si nec ad hoc con-  
sensusurus esset prodigus? *Sed per omnia iudicium  
testatoris sequendum est, ne, quem pater vera con-  
silio prodigum credidit, eum magistratus propter  
aliquod forte suum vitium idoneum putaverit.*

36) L. 16. D. h. t.

Erklärung der L. 16. D. h. e. Besonders gegen Anton Faber.

Anton Faber <sup>37)</sup>, welcher diese Gesetzstelle einer strengen Critik unterworfen hat, hält die ganze Frage, nebst ihrer Entscheidung für ein Werk des Tribonianus, woran Tryphoninus keinen Theil habe. Alles, die ungebildete Schreibart, und die darin vorkommenden vermeintlichen Ungereimtheiten verriethen den Geist des Tribonianus deutlich genug. Da jedoch Anton Faber, so wie alle übrige Rechtsgelehrten, welche ich verglichen habe, dieses Gesetz unrichtig verstanden haben; so wird es nicht unzweckmäßig seyn, dasselbe etwas genauer zu erklären <sup>38)</sup>. Tryphonin spricht hier zunächst von einem filius furiosus, der schon über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, und dem der Vater in seinem Testament einen Curator gesetzt hat. Er sagt, der Prätor müsse hier den Willen des Vaters befolgen, und den von ihm bestellten Curator bestätigen. Denn wenn gleich das Gesetz der 12 Tafeln befiehlt, daß furiosi in der curatio der Agnaten seyn sollen, und diesem Gesetz der Wille des Vaters entgegenstreitet, weil das Gesetz dem Vater nicht eben so den Kindern, die nicht mehr unmündig sind, einen Curator zu bestellen erlaubt, als er seinen unmündigen Kindern

37) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 13. pag. 771 — 775.

38) In einer neuern Abhandlung über die cura prodigi, so wie sie Gesterding in der Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. Greiffswald 1826. S. liefern wollte, hätte man billig eine Erklärung dieses schwierigen Gesetzes erwartet. Es ist darin S. 49. bloß wörtlich abgedruckt.

einen Tutor im Testament bestellen kann; so schien doch auch hier die Absicht der Gesetze erreicht zu seyn. Denn ohne Zweifel haben die Gesetze aus keinem andern Grunde den nächsten Agnaten die Curatel übertragen, als weil sie geglaubt haben, bey ihnen sey für die Person und das Vermögen des Furiosus am besten gesorgt. Könnte nun also der Prätor wohl sicherer gehen, als wenn er den vom Vater bestellten Curator bestätigt, da dem Vater das Wohl des Kindes gewiß mehr am Herzen liegt, als den Agnaten? Daher heißt es in dem von Tryphonin angeführten Rescript des Kaisers Marcus: *manet ea datio curatoris apud Praetorem*, d. h. a Praetore tuenda est, licet a lege haud adprobetur. Da der Verschwender in Rücksicht auf Vermögensverwaltung dem Wahnsinnigen pflegt gleichgesetzt zu werden; so war es ganz consequent, wenn Tryphonin das Rescript des Divus Marcus auch auf den Fall anwandte, da der Vater seinem verschwenderischen Sohne einen Curator gesetzt hat. Er sagt mit Recht, daß auch hier der Prätor den Willen des Vaters befolgen, und den Curator bestätigen müsse. Denn man muß annehmen, der Vater sey in dem einem, wie in dem andern Falle, für das Wohl seines Sohnes besorgt gewesen. Soweit läßt nun Anton Faber den Tryphonin passiren. Allein von den Worten: *Sed utrum omnimodo an*, findet er nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen. Denn wozu Erstens die hier aufgeworfene Frage? Man muß es dem Vater schon zutrauen, daß er dem Sohne aus keinem andern Grunde einen Curator werde gesetzt haben, als aus welchem ihn auch der Prätor unter die Curatel zu setzen sich würde bewogen gefunden haben, wenn der Vater deshalb auch keine Verfügung getroffen hätte. Allein wie



könnte man eine Frage unnütz nennen, die ihr Absehen darauf hatte, ob die Bestätigung des Curators cum oder sine inquisitione geschehen müsse? Eben deswegen, weil die Obrigkeit es dem Vater glauben muß, daß er seinen Sohn anders nicht, als *vero consilio*, wie es am Ende unserer Gesetzstelle heißt, d. i. aus einem mit Ueberzeugung gefaßten Entschluß und nach reiflicher Ueberlegung für einen Verschwender werde gehalten haben, soll sie den Curator ohne weitere Untersuchung bestätigen. Weil also hier die Bestätigung des Curators *citra inquisitionem* erfolgt, so steht ein solcher Curator einem bestätigten Tutor gleich, den der Vater zwar nicht auf eine gültige Art bestellt hat, den aber doch die Obrigkeit in Folge väterlicher Willensverordnung bestätigen muß, und so wie dieser, der Bestätigung ungeachtet, *tutor testamentarius* genennt wird, so kann auch der vom Vater bestellte Curator ein *testamentarius* genennt werden, wie ihn auch *Modestinus libro VI. Regularum*<sup>39)</sup> wirklich so nennt. Aber was soll denn nun der Zusatz heißen: *et maxime si filios habeat iste prodigus*? Was liegt denn daran, ob der verschwenderische Sohn Kinder hat, oder nicht? deswegen muß er ja doch den Curator annehmen. Auch hierin findet Anton Faber eine Ungereimtheit. Allein ist denn nicht der Grund zur *cura prodigi*, besonders wenn sie der Vater im Testament anordnet, stärker, wenn der zur Verschwendung geneigte Sohn Kinder hat, welchen er sein Vermögen durch Vergeudung entzieht, und sie der Gefahr aussetzt,

39) L. 7. D. *Rem pupilli vel adolesc. salvam fore.* (XLVI. 6.) C. Ant. FABER *Jurispr. Papin. Scient.* Tit. XXIII. Princ. 2. pag. 1084. in fin. und DONELLUS *Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 5.*

zu darben, als wenn Er durch Verarmung bloß dem Staate zur Last fällt, welcher freylich selbst dabey interessiert ist, daß Niemand von seinem Vermögen zum Nachtheil desselben Mißbrauch mache<sup>40)</sup>? Oder betrachtet man auch nur die Verschwendung und Schwelgerey mit den Alten auf Seiten des Unrechts gegen diejenigen, denen das Vermögen dadurch entzogen wird, oder sonst ein Nachtheil daraus erwächst, welches sich darin ausdrückt, wenn man sein Vermögen auf eine unvernünftige Art durchbringt, und es der Familie entzieht, oder sich durch Verarmung unfähig oder unwürdig macht, dem Staate, dem man angehört, ferner zu dienen, worin schon das Alterthum etwas Unsittliches, Liebloses und Verwerfliches fand<sup>41)</sup>; so verräth gewiß die Lebensart des Verschwenders eine größere Ungerechtigkeit und Lieblosigkeit, wenn derselbe Kinder hat, als wenn keine Kinder vorhanden sind. Der Zusatz: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* erscheint also gewiß nicht als überflüssig. Zwar könnte freylich der Großvater, wie auch Tryphoninus hier bemerkt, für seine Enkel auch noch auf eine andere Art sorgen, als gerade auf die, daß er ihren Vater unter die Curatel setzen läßt. Er dürfte nur die Enkel zu Erben einsetzen, und den Sohn gegen Aussetzung eines hinlänglichen Lebensun-

40) §. 2. *J. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.* (l. 8.)  
 L. 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.* S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Bd. Erört. XLVIII. §. 4. S. 272 f. und die Tübing. kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 4. Bd. S. 412 f.

41) S. CICERO *de Officiis* Lib. I. Cap. 15. nr. 14, und Gesterding *Cura prodigi*, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. II. §. 3. S. 64. ff.

terhalts bona mente enterben. Hier müßte denn aber der Vater freylich die Ursache seines Entschlusses beyfügen, dann könnte sich der Sohn nicht über Unrecht beschweren. Allein dann müßte man auch annehmen, der Sohn sey emancipirt, die Enkel von demselben aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben. Denn wären beyde Sohn und Enkel noch in der väterlichen Gewalt; so würde der Vater durch die Enterbung des Sohns seinen Zweck nicht erreichen. Nach dem Ausspruche Ulpian's *libro VI. ad Sabinum* 42) würde der enterbte Sohn doch die väterliche Erbschaft bekommen, der Enkel selbst würde ohne Adition seinen Vater zum Erben machen. Wie aber, wenn die Enkel selbst auch nicht einmahl in seiner väterlichen Gewalt wären, weil sie erst nach der Emancipation des Sohns geboren worden sind? Hier sagt Tryphonin, der Großvater solle sie unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß sie von ihrem verschwenderischen Vater emancipirt werden. Allein wie kann es denn aber der Vater dem Sohne zur Bedingung machen, daß er seine Kinder emancipire, da er ihn enterbt hat? Kann man sich denn

42) L. 6. §. 5. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.) Interdum filii familias et sine aditione acquirunt hereditatem his, in quorum sunt potestate: ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. G. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Praelection. Cervar. s. Commentar. ad tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. IV. §. 7. pag. 138. EJUSD. Diatr. de postumis hered. instit. vel exher. Cap. V. §. 23. pag. 220. Besondere EJUSD. Commentar. de acquir. vel omitt. heredit. P. II. Cap. 5. §. 46. et 47. pag. 332. et 333. und Ernst. Christ. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 71.

wohl etwas Abgeschmackteres denken, sagt Anton Faber? Es ist wahr, der Vater kann, wenn er will, die Kinder emancipiren. Die Emancipation ist gültig, weil hier der Vater den Sohn nicht für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat. Aber wie, wenn der Vater die Bedingung nicht erfüllen will, wie kann er denn dazu gezwungen werden, wenn ihm unter dieser Bedingung nicht Etwas hinterlassen worden ist? welche Ungereimtheit? Allein sagt es denn nicht auch Tryphoninus selbst? *See quid*, so heißt es ja §. 3. *si nec ad hoc consensurus esset prodigus?* Wollte er denn aber damit sagen, der Vater könnte im Ernst zur Emancipation genöthiget werden? Für Tryphonin hatte wohl der gelehrte Anton Faber zu viel Achtung, um ihn einer solchen Ungereimtheit zu beschuldigen. Nein, es soll ja Tribonian hier sprechen! Allein Tribonian verdient gewiß diese Beschuldigung so wenig, als Tryphoninus. Es wird ja die aufgeworfene Frage nicht beantwortet. Warum nicht? weil sich jeder Rechtsverständiger die Frage selbst beantworten kann. Niemand kann den Vater zwingen, seine Kinder zu emancipiren. *Potestas enim patria inaeestimabilis res est*, sagt Marcianus *libro VIII. Institutionum* <sup>43)</sup>, auch selbst dann nicht einmal, wenn ihm unter der Bedingung der Emancipation ein Legat wäre hinterlassen worden, wofern er es nicht agnoscirt, wie Ulpian *libro V. Fideicommissorum* <sup>44)</sup> sich noch bestimmter ausspricht. Tryphonin überläßt es uns also, aus dieser Digression die Folge zu ziehen, daß der Vater durch das Mittel einer *exhereditatio bona mente* bey

.. 43) L. 114. §. 8. D. de legat. XXX.

44) L. 92. D. de condit. et demonstrat. (XXXV. 1.)

einem verschwenderischen Sohne nicht immer seinen Zweck erreichen werde, besonders wenn derselbe Kinder hat. Die ganze Digression sollte demnach gleichsam als ein zu beseitigender Zweifelsgrund dienen, um recht begreiflich zu machen, daß der Großvater in diesem Falle die Enkel anders nicht vollkommen sichern könne, als wenn er den verschwenderischen Vater derselben unter die Curatel setzt. Der griechische Scholiast <sup>45)</sup> deutet selbst darauf hin, wenn er sagt: Ταῦτα δὲ πάντα ὡς ἐν ζητήσει εἰπών. *Et haec omnia quasi quaerendo dixit.* Und nun wird man sich vollends überzeugt haben, daß die Worte: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* keine unnütze Frage enthalten <sup>46)</sup>.

## §. 1390. c.

## Fortsetzung.

Nach dieser Digression, welche also eigentlich bloß zum Beweise dienen sollte, daß wenn der verschwenderische Sohn Kinder hat, durch eine exhereditio bona mente facta für die Enkel nicht hinlänglich gesorgt seyn würde, kommt nun Tryphoninus zur Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage selbst zurück, nämlich ob die Obrigkeit schlechter dings verpflichtet sey, den Curator des vom Vater für einen Verschwender erklärten Sohns zu bestätigen, oder nur dann, wenn ihn der Prätor, wofern auch der Vater wegen der Curatel nichts verfügt hätte, selbst für einen Verschwender erklärt haben würde, also praevia inquisitione? Die Beantwortung der Frage ist in dem

45) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Sch. d. pag. 173.

46) G. POTIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. i. pag. 166

letzten Worten unserer Gesetzstelle enthalten, welche nochmals hier vor Augen gestellt werden müssen, weil die Lesart streitig ist. Sie lauten in der florentinischen Ausgabe folgendermassen.

Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est: ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus, propter aliquid forte suum vitium, idoneum putaverit.

Daß hier das *Sed* in einigen Ausgaben <sup>47)</sup> fehlt, und vielleicht dafür besser *et* gelesen werden könne, wie Johann Wilhelm Hoffmann <sup>48)</sup> meint, ist gerade das Unbedeutendste in dieser Stelle. Ich sehe wenigstens nicht ein, warum nicht das *sed* folgt, wie das *et* stehen könnte. Aber die größte Schwierigkeit machen die letztern Worte: *propter aliquid forte suum vitium*. Darin sind wohl alle einverstanden, daß statt *aliquid* richtiger *aliquod* gelesen werden müsse. Brenkman bemerkt auch in der Gebauerischen Ausgabe, daß Haloander, und alle übrige *propter aliquod* lesen. Allein worauf geht nun das *suum vitium*? Nicolaus Catharinus <sup>49)</sup> bezieht die Worte auf den Sohn, erlaubt sich aber folgende Versehung. *Neque vero quem pater consulto prodigum credidit, propter aliquod forte suum vitium, eum Magistratus idoneum putaverit*. Allein das *vim fieri veto* hat dagegen schon Johann Canegeter <sup>50)</sup> mit Recht ausgesprochen. Ob aber Er die

47) Z. B. bey Haloander und Bandoza.

48) Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. in fin.

49) Observation. et Conjecturar. Lib. III, Cap. 36. (in *Thes. Meerman*. Tom. VI. pag. 788.)

50) Ad Collation. Legum Mosaicar. et Romanar. Tit. IV.

Sache besser getroffen hat, ist sehr zu bezweifeln. Er selbst will auch die Lesart für fehlerhaft halten, und vertauscht das *forte* mit *fortunae*. Er liest nun *propter aliquod fortunae suum*, (oder welches eben soviel seyn soll, *suae, hoc est, filii eius*) *vitium*. Er bezieht also, wie Catherinus, das *suum vitium* auch auf den Sohn. Daß aber das *forte* eine ganz richtige Lesart sey, und das *suum vitium* nicht auf den Sohn, sondern auf den Magistrat gehe, sagt uns der bey dieser Stelle noch von Nicemanden benützte Scholiast der Basiliken <sup>51)</sup>. Seine Worte sind:

“Οτι χρῆ κατὰ πάντα ἀκολουθεῖν τὸν πραιτῶρα τῇ κρίσει τοῦ πατρὸς, καὶ ὃν ὁ πατήρ τὰ ἀληθῆ βουλευσάμενον ἄσωτον ἀπεκάλεσεν, οὐ δύναται ὁ ἀρχὼν ἴσως δι’ αἰκείον ἐλάττωμα, ἀξιόπιστον κομίζειν πρὸς διοίκησιν.

*Per omnia Praetorem sequi debere iudicium patris, et quem pater vero consilio prodigum appellavit, Magistratum non posse PROPTER ALIQUOD FORTE SUUM VITIUM, idoneum existimare ad administrationem.*

Hier ist das Wort ἴσως gebraucht, welches nichts anders als *forte* heißt <sup>52)</sup>. Durch den Scholiasten erhält nun auch zugleich Hermann Cannegieter <sup>53)</sup> seine Zurechtweisung. Dieser will nämlich *nec* für *ne* lesen, eine Vers

§. 9. not. c. pag. 207. (Adject. DOMIT. ULPIANI fragmentis libri singular. Regular. Lugd. Batavor. 1774. 4.)

51) Loc. not. 45. cit.

52) G. Passow Handwörterbuch der griech. Sprache h. v.

53) Observation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 7. pag. 167.

wechselung, die, wie er sagt, in den alten Handschriften nicht ungewöhnlich sey, und das Wort *vitium*, will er, *levi litterarum mutatione facta*, wie er sich ausdrückt, in *iudicium* verwandeln. *Aliquod forte iudicium suum* heiße nun soviel, als: *cum aliud quid magistratus iudicaverit*. Denn *aliquod* für *aliud quid* komme häufig in den Gutachten der Röm. Rechtsgelehrten vor<sup>54)</sup>, und sey auch den besten lateinischen Classikern<sup>55)</sup> nicht fremd. Auf diese Art werde sehr treffend das *iudicium magistratus* dem *iudicio patris testatoris* gegenübergestellt. Diese Lesart sollen nun aber auch noch die Basiliken<sup>56)</sup> bestärken. Da heiße es:

Ὁ δὲ δύνάται δὲ κρίνειν ἰκανὸν πραιτωρ, ὃν πατὴρ ἄσωτον εἶπεν.

*Non potest autem idoneum iudicare Praetor, quem prodigum dixit pater.*

Allein diese Stelle beweist für jene Lesart gar nichts. Denn der Grund, den Tryphonius anführt, ist ja

54) Canegeter beruft sich auf *Pet. FABER Comm. ad Tit. Pand. de Regul. iuris pag. 13.* und *Ger. NoODT Comm. ad Dig. Tit. Quod metus causa.* Ich habe bey keinem von Beyden etwas über die angegebene Bedeutung von *aliquod* gefunden. Wohl aber bey *Guil. PAUW* in *Observation. iuris civ. Rom. lib. sing. (Hagae Comit. 1743. 8.) Cap. XV. pag. 94. sq.* und *Jo. Guil. MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 13. pag. 253. (Trajecti ad Rhen. 1747. 8.)* Es kommt aber auf diese Bedeutung hier gar nichts an.

55) ERNESTI ad Taciti *Annal. Lib. I. Cap. 4. pag. 12. et 13.* soll sie anführen. Es gehört aber hierher nur *Not. 5. pag. 12.*

56) *Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 16. Tom. V. FABROTI pag. 164.*



hier gar nicht ausgedrückt, sondern es wird nur gesagt, der Prätor könne den Sohn nicht für tüchtig erklären. Das *καίρειν ἰκανόν* ist also nicht mehr und nicht weniger, als was Tryphoninus durch *idoneum putare* ausdrückt. Die Lesart *vitium* ist demnach wohl unstreitig die richtige, wie auch schon Johann Wilhelm Hoffmann<sup>57)</sup> bemerkt hat, welcher ebenfalls in der angeführten Stelle der Basiliken keinen Grund zu einer solchen Emendation des Textes finden konnte. Daher ändert auch Heinr. Joh. Arntzenius<sup>58)</sup> nichts, sondern erklärt bloß die Worte *vero consilio* für *iusto, aequo consilio*, weil der Vater dadurch, daß er den Sohn unter die Curatel setzte, auch für das Wohl seiner Enkel gesorgt hat. Anton Faber<sup>59)</sup> findet nun aber gerade in der richtigern Lesart einen Hauptgrund, die ganze Stelle dem Tribonian zu zueignen. Denn die Schreibart sey viel zu ungebildet, und die Entscheidung nebst dem angeführten Grunde viel zu abgeschmackt und lächerlich, als daß man sie einem so geistvollen Röm. Juristen zuschreiben könnte. Der Prätor soll nämlich den Curator schlechterdings bestätigen, den der Vater seinem vermeintlich verschwenderischen Sohne gesetzt hat; also auch wenn der Sohn in der That kein Verschwender wäre. Denn das sey ja der Sinn der Worte: *omnimodo, per omnia iudicium testatoris sequendum est*. Kann man sich, sagt Faber, etwas Thörichteres denken? Zwar sey allerdings zu vermuthen, daß der Sohn ein Verschwender seyn müsse, den der Vater in seinem Testamente dafür erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat;

57) Loc. cit. C. Not. 48.

58) Observation. syllog. Cap. 4. (in *Actis Societat. Trajectin.* Tom. I. pag. 141.)

59) Jurispr. Papin. Scient. c. I. pag. 774.

allein ein solches Gewicht könne doch unmöglich auf diese Vermuthung gelegt werden, daß nicht die Wahrheit das Uebergewicht behalte. Selbst dem Staate könne es nicht gleichgültig seyn, wenn einem freyen Bürger wider seinen Willen die eigene Verwaltung seines Vermögens entzogen werde, welcher erweislich kein prodigus ist. Noch unbilliger aber erscheine diese Entscheidung von der Seite, daß dadurch dem für einen prodigus erklärten Sohne auch zugleich das Recht ein Testament zu machen genommen werde. Warum glaube man denn dem Vater nicht auf sein Wort, wenn'er ein Kind aus einer gesetzmäßigen Ursache enterbt, sofern sich das Kind dagegen beschwert? warum erwartet man hier den Beweis der Wahrheit von dem Erben? Kann nicht dort eben so, wie hier, der Sohn vielleicht beym Vater angeschwärzt worden seyn? Aber noch lächerlicher sey der beygefügte Grund: *ne quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus propter aliquod forte vitium suum idoneum putaverit.* Hat das Gesetz eine so gute Meinung vom Vater, daß nicht leicht zu glauben sey, er werde seinen Sohn für einen Verschwender erklären, der kein Verschwender ist; warum denkt das Gesetz dagegen so übel von dem Prator, der lebendigen Stimme der Gesetze, daß wenn er nach sorgfältiger Untersuchung sich überzeugt hat, der Sohn sey kein Verschwender, und ihn für tüchtig zur eignen Verwaltung seines Vermögens erklärt hat, sein Urtheil einem vitio, das heißt, wie es Faber erklärt, einer Bestechung, oder Partheylichkeit zugeschrieben werden soll? Spricht nicht die Obrigkeit im Namen und an der Stelle des Regenten Recht? Und der Richter soll nicht einmal zur Rettung seiner Ehre mit einem Gegenbeweise gehört werden? Welch eine unerhörte Härte!

Allein wer erkennt nicht gleich auf den ersten Blick die schiefe Ansicht des großen Fabers? Das Gesetz sagt ja: *quem pater VERO CONSILIO prodigum credidit.* Es setzt also voraus, der Entschluß und die Verfügung des Vaters gründe sich auf Wahrheit, weil der Vater seinen Sohn besser kennen muß, als der Magistrat. Wenn ferner das Gesetz vom Magistrat sagt: *propter aliquod forte suum vitium*, so wird dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben, daß das Gegentheil nicht bewiesen werden kann. Denn der Gegenbeweis ist ja kein *vitium*. Beruht nun die Verfügung des Vaters auf Wahrheit, die durch einen etwaigen Gegenbeweis nicht wankend gemacht werden kann; so könnte freylich der Richter, der den Curator zu bestätigen hat, vielleicht wegen irgend eines eigenen *vitium*, (Tryphoninus hat sich darüber nicht näher erklärt, man denke sich also darunter, was man will, entweder einen eigenen Fehler des Richters, vielleicht eine schwache Seite, Begünstigung, oder vielleicht gar eigene verschwenderische Haushaltung, denn der griechische Scholiast braucht den Ausdruck *οικειον ελαττωμα*, *domesticum vitium*\*) oder vielleicht einen ihm selbst aus der Prodigalitäts-Erklärung entstehenden Nachtheil,) den Sohn für einen zur eigenen Verwaltung seines Vermögens tüchtigen Menschen erklären. Denn das griechische Wort *ελαττωμα*, welches der Scholiast gebraucht hat, bedeutet eigentlich nach dem griechischen Lexikon soviel als Verkleinerung, Verringerung, Verlust<sup>60</sup>), von *ελαττώω deminuo, facio aliquem inferiorem*. Man könnte

\*) C. J. B. VALER. MAXIMUS Lib. III. cap. 5. §. 1. u. HEINECCII Opus. minor. pag 57.

60) C. Schneiders Handwörterbuch der griech. Sprache, bearbeitet von Passow 1. Bd. h. v.

also die Worte; *propter aliquod forte suum vitium* vielleicht auch so erklären, der Prätor möchte etwa den Sohn, wegen irgend eines vielleicht für ihn selbst daraus entstehenden Verlusts, oder Verkleinerung, oder Tadel, (denn auch das Wort *vitium* hat diese Bedeutung bey den Classikern <sup>61)</sup> die Bestätigung versagen, und den Sohn, um seiner eigenen Ehre willen, für idoneus halten. Allein das Wort *ελάττωμα* kommt bey den Griechen auch selbst in der Bedeutung von *vitium* vor <sup>62)</sup>, und bezeichnet nicht nur einen physischen, sondern auch einen moralischen oder juristischen Fehler, wie z. B. die mala fides eines Besitzers, als Hinderniß der Usucapion. Man erkläre nun aber die Worte, wie man will, genug der Satz steht fest, die Obrigkeit muß den testamentarischen Curator des Vaters bestätigen, wenn der Sohn *vero patris consilio*

61) G. SCHELLER Lexic. voc. *Vitium*, und ERNESTI in Clavi Ciceron. voc. *Vitium* sagt: *VITIVM dicitur, quicquid in aliquo reprehendi potest, aut reprehenditur, sive iure, sive iniuria.*

62) So braucht DIONYSIUS HALICARN. *Antiquit. Rom. Lib. V. pag. 295.* (edit. STILBURG. Lipsiae 1691. f.) den Ausdruck *ελάττωμα κατὰ τὴν ὄψιν, vitium oculi.* und THEOPHILUS *Paraphr. gr. Inst. Lib. I. Tit. 11. pr.* sagt τὸ ἐκ τῆς φύσεως ελάττωμα, *naturae vitium.* Besonders wichtig aber ist die Stelle in CONSTANT. HARMENOPULI *Προχειρον νομῶν s. Promptuar. iuris. Lib. II. Tit. I. §. 59.* (in *Supplem. Thesaur. Meerman. pag. 108.*), wo es heißt: *Τὰ ἐλαττώματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσι ἐπὶ τὸν κληρονόμον. i. e. VITIA defuncti ad heredem transeunt,* nämlich in Beziehung auf Usucapion. Vergl. damit *L. 11. §. 2. D. de public. in rem act. L. 11. D. de div. tempor. praescript. L. 11. C. de acquir. et retin. possess. (VII. 32.)*

für einen Verschwender erklärt worden ist, ohne daß es einer weitem Interdiction bedarf<sup>63)</sup>.

Uebrigens findet bey der Confirmation eines testamentarischen Curators eben der Unterschied zwischen Vater und Mutter Statt, wie bey der Bestätigung eines Tutors. Hat die Mutter ihren Kindern einen Curator im Testament bestellt, so wird dieser, eben so, wie ein von ihr bestellter Tutor, anders nicht, als nach vorhergegangener Untersuchung, bestätigt. So lehrt *Neratius libro III. Regularum*<sup>64)</sup>.

*Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.*

Die Bestätigung des Curators ist aber in jedem Falle so nothwendig, daß wenn ein Vater auch seinem noch unmündigen Kinde einen Curator im Testament gegeben hätte, derselbe doch durch ein Decret der Obrigkeit bestätigt werden muß, wenn gleich der Vater Soldat seyn sollte<sup>65)</sup>. So lange die obrigkeitliche Bestätigung nicht erfolgt ist, darf auch der Curator weder wegen Ungehorsams, noch wegen Nachlässigkeit verantwortlich werden, wenn er sich etwa der Verwaltung nicht unterzogen hätte<sup>66)</sup>.

63) Vergl. noch *L. 7. §. 5. C. de curat. furiosi vel prodigi. (V. 70.) L. 27. pr. C. de episcop. audient. (I. 4.)* und Zimmermann *Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889.*

64) *L. 2. §. 1. D. de confirm. tut.*

65) *L. 40. D. de admin. et peric. tutor. C. den 29. Th. §. 1310. a. S. 275.*

66) *S. DONELLUS Comm. Lib. III. Cap. 19. §. 6.*

§. 1390. d.

Cura legitima.

Hat der Vater keinen Curator im Testament gesetzt; so tritt

2) die *cura legitima* ein, jedoch nur bey furiosis und prodigis <sup>67)</sup>. Daß schon die XII Tafeln einen furiosus unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gestellt haben, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Cicero <sup>68)</sup> hat uns das Gesetz selbst aufbehalten.

*Si furiosus escit* <sup>69)</sup>, *agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*

67) L. 13. D. h. t. L. ult. §. 6. C. de curat. furiosi vel prodigi. (V. 70.) L. 27. §. Sin autem. C. de episcop. audient. (4. 4.)

68) *De inventio. rhetor.* Lib. II. cap. 50. *ad Herennium.* Lib. I. cap. 13, Man verbinde damit CICERO *Tusculan. Disputation,* Lib. III. Cap. 5. und *de Republica* Lib. III. Cap. 33. in fin. (edit. MOSER, *Francos. ad Moen.* 1826. 8. pag. 402.) VARRO *de Re. Rust.* Lib. I. cap. 2. auch PAULUS L. 53. D. de Verb. Sign. S. Dittsen Zwölf-Tafel-Fragmente S. 369. ff.

69) Die Anfangsworte dieses Fragments der XII Tafeln werden zwar von Cicero in den angeführten Stellen etwas abweichend bezeichnet. In der ersten Stelle *de inventio* heißt es: *SI FURIOSUS EST*, in der andern *ad Herennium*: *SI FURIOSUS EXISTIT*; und in der dritten aus den *Tuscul. Disputat.* *SI FURIOSUS ESSE INCIPIT*. Die Lesart *Si furiosus escit* wird jedoch für die ursprünglich richtige gehalten. Vergl. SCHÜTZ *Opera rhetor. Ciceronis.* ORNELIUS *Oper. Ciceron.* Vol. P. (Paris 1846.) pag. 190. Not. 16. und HEINR. ED. DITTSSEN *Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente.* Kap. 11. Tab. V. Fr. 7. S. 374.

Ob aber auch die 12 Tafeln zugleich vom prodigus gesprochen, und ob darin von der cura prodigi in Einer Verbindung mit der cura furiosi die Rede gewesen, oder ob über die erstere eine eigne Vorschrift vorhanden gewesen, oder dieselbe bloß die Prodigalitätserklärung betroffen habe, ist zweifelhaft. Diejenigen, welche das Gesetz der zwölf Tafeln allein auf die cura furiosi beschränken, haben freylich die angeführten Stellen des Cicero für sich <sup>70</sup>). Allein für die Verbindung beyder Curatelen in einem Gesetz streiten nicht unbedeutende Gründe. Sie wird nicht nur durch das überall sichtbare Bestreben der Decemviren nach Kürze im Ausdruck und Fassung sehr unterstützt, sondern auch die juristischen Classiker setzen immer bey Anführung des Zwölf-Tafel-Gesetzes beyde Arten der Curatel mit einander in die engste Verbindung <sup>71</sup>). Es sind besonders folgende Stellen hier merkwürdig.

ULPIANUS *Fragm. Tit. XII. §. 2. Lex duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum* <sup>72</sup>).

70) Schwegge Röm. Rechtsgesch. §. 239. schreibt deswegen die cura prodigi einer interpretativen Erweiterung Dessen zu, was in den XII Tafeln über die cura furiosi bestimmt war. Man vergleiche jedoch §. 432. Not. 4.

71) S. Jao. GORROFREDI Notae breves ad XII. Tab. Tab. V. (in *Thes. Jur. Rom. Ottonian. Tom. III. pag. 170.*) Jo. Th. SZERB brevis curarum Historia §. 3. et 4. (*Opusculor. Vol. I. pag. 112. sq.*) Dirksen XII Tafel-Fragmente S. 379. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 236. S. 887.

72) S. Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin. pag. 605. Schon das Wort *iubet* beweist, daß in den XII Tafeln

§. 3. *Inst. de Curationib.* (I. 23.) Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum *ex Legge duodecim Tabularum.*

L. 13. *D. h. t. GAJUS libro III. ad Edictum provinciale.* Saepe ad alium *e lege duodecim tabularum* curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet cum ille *legitimus* inhabilis ad eam rem videatur.

Dahingegen ist kein genügender Grund vorhanden, den XII Tafeln eine eigene Vorschrift über Prodigialitätserklärung selbst zuzuschreiben. Ulpian sagt zwar *libro I. ad Sabinum* <sup>73)</sup>:

*Legge duodecim Tabularum* prodigo interditur honorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est.

Allein indem Ulpian das Recht, einem Verschwendder die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen, aus den moribus herleitet, deutet er ja damit an, daß dieses Recht älter, als die XII Tafeln sey. Denn so verschiedene Bedeutungen auch das *ius moribus* constitutum hat, so sind doch darin die Rechtsgelehrten einig, daß wenn ein Rechtsinstitut den moribus zugeschrieben wird, welches auch in den XII Tafeln seinen Platz hatte, unter *mores* ein solches Recht verstanden werde, welches schon

von der *cura prodigi* die Rede gewesen seyn müsse. S. *Jac. GOTHOFREDI Notae breves ad fragm. XII. Tabb. Tab. V. in fin. (Tom. III. Thes. Otton. pag. 171.)*

73) L. 1. *pr. D. h. t.*



unter den Römigen galt <sup>74)</sup>). Auch Paulus <sup>75)</sup> gedenkt der *morum*, wenn er sagt:

*Moribus per Praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitae nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re <sup>76)</sup> commercioque interdicto.*

Ob nun also wohl nicht zu läugnen ist, daß die *cura prodigi, cui bonis interdictum est*, schon vor den XII Tafeln bekannt war; so scheint doch die vom Paulus uns aufbehaltene Formel so alt nicht zu seyn, sondern ist vielleicht erst nach den XII Tafeln durch die Römischen Rechtsgelehrten in dieser Gestalt ausgebildet worden, wie

74) *Ant. SCHULTING* ad *Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7. Not. 15.* (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 341.) hat dieses gegen *Janus a COSTA*, und *Jo. Gottl. HEINECCIUS* in *Opuscul. minorib. (Amstelod. 1738. B.)* pag. 59. gegen *PAGENSTECHE* klar bewiesen. Man vergleiche auch *Ant. FABER* *Jurisprud. Papinian. Soient. Tit. XII. Princ. 3.* pag. 753. und *Jo. Hier. HETZER* *Diss. ad Legem Laetorianam. §. III. Not. a. et b.* (in *Dan. FELLENSBERG* *Jurispr. antiqua. Tom. II.* pag. 595.)

75) *Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.*

76) Einige wollen *aere* lesen, wie auch wirklich einige *Codices* haben sollen. *S. Hugo iur. civ. Antejustin. Tom I.* pag. 134. und Desselben *Gesch. des Röm. Rechts. S. 124.* der 8. Aufl. Allein man vergleiche, was *Ant. SCHULTING* in *Jurisprud. vet. Antejust. pag. 342. Not. 24.* sehr gründlich erinnert hat, welcher mit *BYNKERSHOEK* *Observat. Lib. III. cap. 21.* die Worte *ea re* im Pluralis durch *ius rebus*, oder *ius bonis* erklärt.

auch Anton Schulting<sup>77)</sup> behauptet. Die Vorschrift der XII Tafeln ging also nicht auf die Prodigalitätserklärung selbst, sondern nur dahin, daß diejenigen, welche von der Obrigkeit für Verschwender erklärt worden sind, in der Curatel ihrer Agnaten und Gentilen seyn sollen, und mehr hat auch wohl Ulpian nicht sagen wollen. Denn eine Interdiction, quae ipso iure s. a lege fit, läßt sich gar nicht denken, sie ist immer eine Jurisdictionshandlung. Denn ob Jemand wirklich ein Verschwender sey, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt werden müsse, muß erst untersucht werden, weil dieses mehr in facto, als in iure beruht. Nur erst dann, wenn die Prodigalitätserklärung geschehen ist, können die Agnaten sich der Curatel unterziehen<sup>78)</sup>. In Verbindung der darüber vorhandenen Quellen scheint also das hierher gehörige Gesetz der XII Tafeln nach seinem ganzen Umfange folgenden Inhalts gewesen zu seyn:

*Si furiosus escit<sup>79)</sup>, aut prodigus<sup>80)</sup>, cui bonis interdictum est<sup>81)</sup>, ast ei custos nec escit<sup>82)</sup>,*

77) Jurispr. Antejust. pag. 341. Not. 15.

78) G. Ant. FABER Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. Besonders Reinh. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disp. VI. Th. V. Lit. D. pag. 236. sq. und Arn. VINNIUS Comm. ad §. 5. J. de Curat. nr. 1.

79) Nach ORELLII Lesart bey CICERO Tusculanar. Disputation. III. 5. (Oper. Vol. IV. P. I. pag. 297. Turici 1828.) Man sehe auch oben Not. 69.

80) §. 3. J. de curationib. L. 1. L. 13. h. t.

81) ULPIANUS Fragm. Tit. XII. §. 2.

82) Diese Worte führt SEXT. POMPEJ. FESTUS Fragm. de Verbor. Signif. voc. Nae an, um damit zu beweisen,

*agnatorum gentiliumque*<sup>83)</sup> *in eo pecuniarius eius*<sup>84)</sup> *potestas esto*<sup>85)</sup>.

coniunctionem *Nec* positam esse ab antiquis pro *Non*, ut et in XII. est: *AST EI CUSTOS NEC ESCIT*. Daß nicht, wie *Ant. AUGUSTINUS* glaubt, *nec esit*, sondern richtiger *nec escit* gelesen werden müsse, hat *Falb. URBINUS* in *Notis in S. Pomp. Festi fragm. pag. 11. edit. 1583.* 8 gezeigt. Diese Lesart wird noch mehr durch die bey *CUIACIUS* *Observation. Lib. VII. cap. 18.* vorkommenden Beispiele dieses alten Redegebrauchs bestärkt. Daß aber die vom *FESTUS* referirten *verba legitima* dem Inhalt des XII Tafel - Fragments über die Curatel angehören, hat *Jac. GOTHOFREDUS* ad legis XII. Tabular. fragmenta in *notis brevib. ad Tab. V. (Tom. III. Thes. Otton. pag. 173.)* gezeigt, und sie so erklärt, daß diese Curatel wegfallt, wenn ein *custos*, d. h. ein Tutor für solche Personen da ist. Denn daß man diese Worte so verstanden habe, beweist eine Stelle aus *Ulpian's libro XXXVII. ad Sabinum*, in welcher es *L. 3. pr. D. de tutelis* heißt: *Lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*. Es ist auch bekannt, daß das Wort *custos* von den Alten für tutor gebraucht worden ist. S. *HORATIUS de arte poet. v. 161.* *PLAVIUS Mercat. Act. I. Sc. I. v. 91.* Dagegen kommen die Benennungen von *cura* und *curator* bey den ältesten Röm. Gesetzgebern gar nicht vor, sondern sind eine spätere Erfindung der Röm. Juristen. S. *HETZER Diss. cit. §. III. not. g.* Man vergleiche auch *Schweppes Röm. Rechtsgesch. §. 432. Not. 4. §. 625.* und *Dirksen Zwölf - Tafel - Fragmente. §. 376.*

83) Wenn *Paulus L. 53. pr. D. de Verb. Signif.* sagt, daß que bey den Worten: *AGNATORUM GENTILIUMQUE* sey pro separatione zu nehmen, d. h. sey getrennt zu verstehen; so deutet diese Erklärung wohl unstreitig auf unser XII Tafel - Fragment hin, wie *Dirksen §. 370.* gezeigt hat.

Nach den 12 Tafeln gieng jedoch die cura legitima nur auf solche prodigi, und warum nicht auch furiosi,

Nicht unbemerkt kann ich jedoch hierbey lassen, daß gerade das *Que*, welches Paulus hier erklären wollte, in mehreren Ausgaben z. B. bey Merlinus, Hugo a Porta, und mehreren andern, selbst in der Gebauerischen, und der neuesten Beckischen Ausgabe fehlt. Allein man hat, wie CRAMER de Verbor. Significat. ad h. L. 55. pag. 27. not. 7. sehr richtig bemerkt hat, in dem Worte GENTILIUMQUE die Geminatio des *Que* nicht beachtet. Man sehe auch Hugo Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 123. Not. 1. 3. 25. (der 8. Aufl.) und POTHIER Pand. Justin. Tom III. Lib. L. Tit. 16. Nr. 11. Not. b. pag. 637. Der *Gentilium* hat übrigens schon Ulpian in seinen Fragmenten Tit. XII. §. 2. nicht mehr gedacht, weil zu seinen Zeiten das Gentilitätsrecht schon nicht mehr im Gebrauche war. S. Collat. LL. Mosaicar. et Roman. Tit. XVI. §. 2. et 4. (in SCHULTINGO *Jurispr. Antejust.* pag. 794. et 798.) und GAJUS *Instit. Comm. III.* §. 17. Daher erwähnt auch Justinian der Gentilen nicht.

- 84) In den aus CICERO angeführten Stellen heißt es zwar in *EO PECUNIAQUE EJUS*, allein sie sprechen alle bloß von der cura furiosi. Daß den Agnaten eine potestas über den furiosus und dessen Güter beygelegt war, wird schon von Cicero de Republica Lib. III. cap. 35. als etwas Merkwürdiges hervorgehoben. Noch auffallender aber scheint es, wenn CICERO Tusculanar. Disputation. Lib. III. cap. 5. sagt: *Qui ita sit adfectus, eum DOMINUM esse REARUM SUARUM vetant XII Tabulae.* Daher sagt ULPIANUS L. 7. §. 11. *D. Quib. ex causis in possess eat.* (XLII. 4) furiosi status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret. Desto weniger aber konnte dem Curator prodigi eine potestas in eo gegeben werden, da dessen potestas sich bloß auf das Vermögen (pecunia) beschränkt. S. FABER *Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. 3.* pag. 754. sq. *Roß*

wenn gleich Ulpian <sup>86)</sup> ausdrücklich nur der erstern gedenkt? welche ihren Vater und zwar ab intestato beerbt hatten <sup>87)</sup>. Denn bey Freygelassenen, da sie keine Agnaten hatten, oder wo bey den ingenuis die Agnaten nicht tüchtig waren, oder wo sonst das Gesetz nicht für die Curatel gesorgt hatte, wie z. B. im Falle eines Testaments, bestellte der Prätor den Curator <sup>88)</sup>.

hört Grundlinien des Röm. Rechts. §. 47. und den 4. Th dieses Commentars §. 288. S. 56 f. Darum kann es wohl nicht, wie bey dem furiosus, in eo pecuniaque eius, sondern es muß in dem Fragment, wie GOTHOFREDUS hat, IN EO PECUNIAVE BIVS heißen.

85) Dem GOTHOFREDUS stimmen auch HSINCECIUS in Opuscul. minorib. pag. 69. und Antiquitat. Roman. Lib. I. Tit. 23. §. 2. und SZGER c. 1. in Opusc. Vol. I. pag. 113. bey.

86) *Fragm. Tit. XII. §. 3.* (in *Ant. SCHULTING Jurispr. Antejust.* pag. 606.) A. Praetore constituitur curator, quem ipse Praetor voluerit, libertinis PRODIGIS, itemque ingenuis, qui EX TESTAMENTO parentis heredes facti, male dissipant bona: his enim EX LEGE curator dari non poterat: cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. *Jac. GOTHOFREDUS ad LL. XII. Tabb.* bey OTTO Tom. III. Thes. pag. 106. behauptet auch, daß dieses ebenfalls bey den furiosis so gewesen sey.

87) Daher meint *Jac. GOTHOFREDUS ad Legg. XII. Tabb.* in Probationib. ad Tab. V. (*Th. Otton. Tom. III.* pag. 106.) nicht ohne Grund, daß das XII. Tafel-Fragment, welches von der Cura handelt, ein Theil von dem Fragment gewesen sey, welches von der Intestaterbfolge der Agnaten handelte. Man sehe übrigens den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 570. f.

88) Denn im Falle des Testaments war, gleich der legitima

§. 1390. Ist die legitima cura in eine dativa verwandelt worden?

Man will behaupten, daß die cura legitima in der Folge in eine cura dativa sey verwandelt worden, und daß nach dem neuern Römischen Rechte die Curatel bloß auf obrigkeitlicher Anordnung beruhe, obwohl die Obrigkeit bey Ernennung des Curators die nächsten Verwandten zu berücksichtigen habe, wenn sie zur Curatel tüchtig sind<sup>89)</sup>. So will man die Worte Ulpian's deuten, wenn er *L. 1. pr. h. t.* sagt:

tutela, auch die cura legitima ausgeschlossen. Erst durch die Interpretatio Prudentum ward eingeführt, daß der tutor ex lege eintreten sollte, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber in Absicht auf Tutel ohne Testament verstorben war. *§. 2. J. de legit. agnat. tut.* Bey Kindern, deren Vater testirt hatte, so wie bey Freygelassenen, die auf keine Weise ihren Vater beerbten, galt aber die cura erst, als das Recht des Magistrats zur Ernennung von Dativvormündern anerkannt wurde. *§. Ja. CANNIGIERER ad DOMIT. ULPIANI Fragmenta libri sing. Regular. Tit. 12. §. 3. de Curator. pag. 65. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 239. und §. 432. der 2. Aufl.* Sollten aber vielleicht unter den *ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti sunt*, emancipirte Kinder zu verstehen seyn? Denn diese hatten so wenig, wie Freygelassene, Agnaten. Dies ist Höpfners Ansicht im Commentar über die Heineccii Institutionen. *§. 223. u. §. 224.*

89) *§. Jac. CUSACIUS in Notis ad Institut. Tit. de Curator. vv. Sed Solent.* Besonders Desselben Recitation. *solenn. ad Tit. 70. Libri V. Cod. de curat. fur. vel prodigi. Hab. GIPHANIUS Comm. in Institut. ad §. 3. de Curator. Ulr. HUBER Praelection. ad Institut. h. t. §. 6. Herm. VULTIUS Comm. in Institut. ad §. Sed solent. h. t. Ev. OTTO Comm. ad §. 3. J. h. t. nr. 4.*

Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

Eben so die Stelle Justinians §. 3. *J. de curat.* wo es heißt: Sed solent Romae Praefectus urbi, vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Alein Ulpian<sup>90)</sup> sagt ja ausdrücklich: Curatores aut legitimi sunt: id est, qui ex lege duodecim Tabularum dantur: aut honorarii, id est, qui a Praetore constituuntur. Soll also Ulpian nicht mit sich selbst im Widersprache stehen, so müßte man ein Emblem *Triboniani* annehmen, welches jedoch Jacob Gethofredus<sup>91)</sup> mit Recht verwirft. Denn auch Gajus unterscheidet ja eben so, wie Ulpian, in der schon oben aus *libro III. ad Edictum provinciale*<sup>92)</sup> angeführten Stelle zwischen einem solchen, dem ex lege duodecim Tabularum die curatio furiosi oder prodigi

Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen: §. 223. Mackelden Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. §. 591. (der 8. Ausg.) Albr. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 431. von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemein. Etw. rechts. 2. Bd. IV. Buch. §. 416. der 3. Aufl. und Höpf. Vergleichung der Röm. Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft. §. 15.

90) *Fragm. Tit. XII. de Curator. §. 1.*

91) *Ad fragmenta XII. Tabular. in Probat. ad Tab. V. Verb. Prodigios. (Thes. Otton. Tom. III pag. 106.)*

92) *L. 15. D. h. t.* Eben so unterscheidet Marcellus *L. 12. ead.* zwischen agnatus und alius curator.

gebührt, und dem, welchem der Prätor die Curatel überträgt. Gajus bemerkt aber auch zugleich, daß die cura dativa nur in dem Falle eintrete: scilicet *cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*. Hierzu kommt, daß noch Kaiser Anastasius den emancipirten Geschwistern, nachdem er ihnen ein Intestaterbrecht gegeben hatte, die cura furiosorum fratrum et sororum, und zwar, wie er selbst sagt, *pro duodecim tabularum lege* übertragen hat: ne lucrum quidem antea indubitae successionis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videretur<sup>93)</sup>. Ja, was noch das stärkste Argument ist, Justinian selbst hat nicht allein die Confirmation des testamentarischen Curators, sondern in dessen Ermangelung auch den Vorzug des legitimi curatoris, quem lex utpote agnatum vocaverit, ausdrücklich sanctionirt, so daß nur eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ein Curator ex iudiciali electione gegeben werden soll<sup>94)</sup>. Ganz übereinstimmend mit dem, was oben Gajus sagte. Es scheint nun aber freylich durch die von Ulpian *L. 1. h. t.* gebrauchte particula adversativa *sed hodie solent*, das heutige Recht der Lex duodecim tabularum gegenübergestellt zu seyn, welches der Hauptgrund der entgegengesetzten Ansicht ist. Allein man sieht es nun aus der authentischen Interpretation des Kaisers Justinian recht deutlich, daß dieses nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn die legitima cura nicht eintritt, wo denn freylich die Bestellung der

93) *L. 5. C. de curatore furiosi vel prodigi (V. 70.)*

94) *L. 7. §. 6. C. eodem. L. 27. C. de episcopali audiant. (I. 4.)*



Curatel immer ex inquisitione geschieht, wie es in der Stelle der Institutionen heißt. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase bestärkt uns noch mehr in dieser Ansicht, wenn er sagt:

Ἄλλ' ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ τῆς πόλεως ἐπαρχὸς ἢ ὁ πραιτωρ, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις οἱ ἀρχόντες διδῶσι τοῖς μαινομένοις καὶ ἀσώτοις, ex inquisitione, ἢ τὰ ἐκ συζητήσεως, κουράτωρας ἢ νίκα μὴ ὕπεστιν ἀδύνατος, ἢ ὅπῃ ἀνεπιτήδειος ἐστὶ πρὸς διολίχησιν.

Wo also die letzten Worte, welche Reitz übersetzt hat, *quando nullus est agnatus, aut qui est, administrationi non est idoneus*, das näher bestimmen, was Justinian hier nicht, aber in der L. 7. §. 6, C. h. t. deutlich ausgesprochen hat. Die Nothwendigkeit einer Untersuchung bey der cura furiosi aut prodigi führt nun besonders Ulpian libro I. de omnibus Tribunalibus 95) dem Prætor zu Gemäthe, wenn er daselbst sagt, *Observare Praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent*. Eine solche Untersuchung war nöthig, auch selbst wenn die cura legitima eintreten sollte. Denn ehe sich die Agnaten der Curatel unterziehen konnten, mußte doch gewiß seyn, ob der, welcher nach dem Gesetz unter ihre Curatel gestellt werden sollte, wirklich prodigus oder furiosus sey. Die Agnaten könnten ihn ja nur dafür ausgeben, um ihn zu hindern ein Testament

95) L. 6. D. h. t.

zu machen <sup>96</sup>). Man mußte auch wissen, ob Agnaten vorhanden, und diese auch zur Führung der Curatel tüchtig waren, denn nur in deren Ermangelung bestellte die Obrigkeit den Curator. Dieser Untersuchung ungeachtet, blieb dennoch der nächste dazu geeigenschaftete Agnat der legitimus curator <sup>97</sup>). Nachdem Justinian bey der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat, so ist nun die cura legitima, eben so, wie die legitima tutela, auch auf die Cognaten zu erstrecken. Die Curatel über den furiosus oder prodigus gebührt nun dem nächsten zur Uebernehmung derselben tüchtigen Verwandten, ohne Unterschied, er sey Agnat, oder bloß Cognat <sup>98</sup>). Als nächster Erbe muß er

96) Ein solches Beispiel hat PLAUTUS in *Menaechmo* Act. V. Sc. 2. v. 75—90.

97) *S. Hag.* DONELLUS *Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 8—10. Theod. MARCILIUS ad §. 3. J. de Curat. bey Jan. a COSTA Comm. ad Institut. pag. 120. (edit. Jo. VAN DE WATER Lugduni Batav. 1719. 4.) Jo. Jac. WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 21. pag. 555 sq. Arn. VINNIUS Comm. ad §. 3. J. de Curat. ad vv. Sed solent. Jo. Hieron. HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. i. (in FELLEBERG *Jurispr. antiq.* Tom. II. pag. 597. sq.) THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. I. Bd. §. 509. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 340. Siegm. Wilh. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justin. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889. f.**

98) *S. DONELLUS cit. loc. §. 10. Vol. II. pag. 237. In der Nov. CXVIII. Cap. 5. ist zwar nur von der ἐπιτροπή die Rede, welche, wie auch Zimmern a. a. D. §. 236. a. E. S. 890. bemerkt hat, von der κηδεμονία unterschieden wird Nov. LXXII. cap. 3. Allein daß diese Ausdrücke, wo nicht gerade von der tutela und cura zugleich die Rede*

aber auch die Curatel übernehmen. Denn die Regel: *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*, findet auch bey der cura legitima Statt<sup>99)</sup>, obwohl freylich der Grund, daß weder ein furiosus noch prodigus testiren kann<sup>100)</sup>, nicht immer Platz greift<sup>1)</sup>.

## §. 1390. f.

## Cura dativa s. honoraria.

Ist kein legitimus curator vorhanden, oder dieser ist, von Justinian willkürlich und als gleichbedeutend gebraucht werden, ist schon an einem andern Orte, (Th. 30. §. 1329. S. 160.) von mir bemerkt worden. Da nun das Intestaterbrecht mit der cura legitima eben so genau, wie mit der legitima tutela, zusammenhängt, und aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Ansehung derselben (*Nov. CXVIII. cap. 4.*) aufgehoben seyn solle; so wäre es ja sonderbar, wenn derselbe gerade bey der cura legitima noch Statt finden solle, und räthselhaft, warum gerade die Agnaten die Last der Curatel tragen, die Cognaten aber, wenn sie gleich die nächsten Erben des Curanden wären, von dieser Last frey seyn sollten. Man denke an die Verordnung des R. Anastasius *L. 5. C. de Curat. fur.* Auch schon Ulpian rechnet es ja *L. 4. h. t. zur pietas parentibus debita*, daß der Sohn furiosae matris curationem übernehme, der doch gewiß kein Agnat seiner Mutter ist, wohl aber derselben nach dem damaligen Erbfolges Rechte ex Senatusconsulto Orphitiano succedirte.

99) *L. 5. C. h. t. S. HETZER Diss. ad L. Laetör. §. III.*

100) §. 1. et 2. *J. Quib. non est permissum fac. testam.* (II. 12.) *L. 18. D. Qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.)*

1) Wie wenn der furiosus, ehe er in diesen Gemüthszustand verfiel, oder der prodigus vor der Interdictio bonorum testirt hätte? *S. §§. 1. et 2. J. citt.* oder der furiosus während eines lichten Zwischenraums testirt? oder der eine, oder der andere Kinder hat?

zur Verwaltung unfähig, so wird, besonders auch in solchen Fällen, von welchen das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach,

3) ein Curator von der Obrigkeit aus eigener freyer Wahl (quem ipse Praetor voluerit) bestellt<sup>2)</sup>. Ein solcher Curator wird von Ulpian<sup>3)</sup> *honorarius*, von Modestin<sup>4)</sup> aber *dativus* curator genennt, und es ist wohl mehr der Sitte und dem Prätor, als einer lex zuzuschreiben, daß dem wirklichen furiosus und prodigus, in den Fällen, wovon das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach<sup>5)</sup>, und, ohne Rücksicht auf einen curator legitimus, jedem, in welchem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hatte, welche ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er gleich schon über 25 Jahre alt wäre, ein Curator vom Prätor in Rom, und den Statthaltern in den Provinzen nach vorgängiger Untersuchung gegeben werden sollte<sup>6)</sup>. Daher heißt es §. 4. *J. h. t.* nachdem Justinian in dem vorhergehenden Paragraphen von der cura legitima gehandelt hatte, und nun die Fälle anführt, wo ein curator dativus zu bestellen ist.

2) C. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1321. C. 471. ff.

3) *Fragm. Tit. XII. §. 1.*

4) *L. 7. D. Rem pupilli. (XLVI. 6.)*

5) So sagt z. B. CICERO *Tuscul. Disputat. Lib. III. cap. 5.* Non est scriptum (in XII. Tabulis): Si insanus, sed: Si FURIOSUS. Daher trat im ersten Falle die cura honoraria ein.

6) *L. 8. §. 3. L. 12. pr. D. de tutor. et curator. dat. L. 1. 2. 6. 15. pr. h. t. L. 1. C. h. t. C. den 29. Th. des Commentars a. a. D. C. 471.*

Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

In Rücksicht der zur Bestellung der Curatoren competenten Behörden hatten ganz dieselben Grundsätze Statt, welche bey der Tutel oben Lib. XXVI. Tit. 5. \*) vorgekommen sind. Justinian sagt es selbst §. 1. *J. h. t.*

Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus et tutores.

Er nennt §. 3. den Praefectus urbi und den Prätor für Rom, für die Provinzen die Praesides, jedoch, wie er in einem andern Gesetz \*\*) noch hinzufügt, mit Zuziehung des Bischofs und 3 Primaten.

Es giebt also wirklich drey Arten der Cura eine *testamentaria*, *legitima*, und *honoraria* oder *dativa*. Merkwürdig ist es, daß es nach der *Nov. CXVII. c. 1. §. 1.* einem Jeden erlaubt ist, in seinem Testamente einen Curator für das Vermögen zu bestellen, welches er einer minderjährigen, und also auch wohl einer andern Person hinterlassen hat, welche es nicht selbst verwalten kann. \*\*)

#### §. 1390. g.

Wer bekommt einen Curator?

Wenn unter der *tutela aetatis* nur Impuberes stehen können, welche *sui iuris* sind, so kommt es dagegen

4) bey der Cura auf die Persönlichkeit des Curanden gar nicht an, sondern dieser können, ohne Unter-

7) S. den 29. Th. S. 400 ff.

8) *L. ult. §. 5, C. de curat. fur. vel prodigi.*

9) S. Vort Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

schied des Alters, sie mögen impuberes, puberes, oder maiores seyn, auch ohne Rücksicht auf patria potestas, alle unterworfen seyn, welche zur eigenen Verwaltung ihrer Angelegenheiten unfähig, oder daran gehindert sind. Die Curatel kann daher in Ansehung der Personen, welche derselben unterworfen sind, von sehr verschiedener Art seyn.

I. Die *cura* über Unmündige. Es kann nämlich nicht nur einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, in gewissen Fällen, welche an einem andern Orte <sup>10)</sup> angeführt worden sind, ein Curator gegeben werden; sondern auch einem solchen Unmündigen, der noch keinen Tutor hat, obwohl freylich in solchen Fällen, wo der Pupill- wegen der *solemnitas iuris* selbst handeln muß, die Unvollständigkeit seiner Person nicht schon durch den nur ein Hinderniß beseitigenden Consens des Curators ergänzt werden kann, sondern ein Tutor ernannt werden muß, in dessen Begleitung ein Selbsthandeln des Pupillen nur durch die ergänzende Kraft der stärkern Auctoritas eines Tutors möglich ist. Dieß ist es, wenn Paulus *libro IX. Responsorum* <sup>11)</sup> sagt:

Curatorem etiam *impuberi* dari posse: sed ad ea, quae *solemnitatem iuris* desiderant, explicanda, *tutore auctore* opus est.

Von einem solchen Curator, dem von Anfange an die Administration des Vermögens eines Unmündigen übertragen worden, ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er *libro XXXVI. ad Edictum* <sup>12)</sup> sagt:

10) C. den 29. Th. des Commentars §. 1302. C. 125—153.

11) L. 19. D. de auctoritate et cons. tutor. et curat. Vergl. auch L. 17. §. 1. D. de appellat. (XLIX. 1.)

12) L. 9. §. 9. D. de admin. et peric. tutor. et curat.

Qui datus est simpliciter tutor pupillo vel curator, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur: quamvis soleat ad augmentum dari curator.

Hiermit stimmt denn auch die Vergleichung überein, welche Hermogenian *libro I. iuris Epitomarum* <sup>13)</sup> zwischen einem *curator furiosi*, itemque *prodigi*, *pupillive* mit einem bloßen *Curator bonorum ventrisque* anstellt, wenn er jenen eine *plena rerum administratio*, den beyden letztern aber eine *sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio* zuschreibt <sup>14)</sup>.

II. Die Cura über Minderjährige. Da von dieser schon an mehreren Orten gehandelt worden ist, so bleibt sie hier, wie auch schon die Rubrik dieses Titels andeutet, ausgeschlossen.

III. Die Cura über Rasende und Wahnsinnige. *Cura furiosorum* und *mentecaptorum* s. *insanorum*. Beyde waren darin unterschieden, daß jene in der Regel eine legitima, diese aber eine dativa war. Diese Curatel setzt jedoch immer eine vorgängige genaue, mit Zugiehung von zwey verpflichteten Aerzten anzustellende Untersuchung über den Gemüthszustand des für wahn, oder blödsinnig angesprochenen Subjects, welche auf den entweder von Seiten der Verwandten desselben, oder von Seiten der Policy geschehenen, und durch bestimmte und hinlänglich bescheinigte Angaben von Thatsachen begründes

13) L. 48. D. eodem. S. Jos. FINESTRES et DE MONSALVO Hermogenian. ad h. L. pag. 264 — 269.

14) S. von Löhr von der Cura über Unmündige; (im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung. 3. B. 4. Heft. Nr. XIII. S. 433 — 454. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 431. S. 623. f. (Der 2. Ausg.)

ten Antrag veranlaßt worden, und eine auf den Grund dieser Untersuchung ausgesprochene Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung des competenten, d. h. des ordentlichen persönlichen Richters voraus<sup>15)</sup>. Solange jedoch der Curand noch seines Alters wegen einen Vormund hat, kann keine von beyden eintreten, denn es kann eigentlich nur dann erst davon die Rede seyn, wenn der Wahnsinnige über 25 Jahre alt ist. An einen Unterschied, ob der Wahnsinnige minor oder maior XXV. annis sey, dachten wohl freylich die Zwölf-Tafel-Gesetze noch nicht<sup>16)</sup>; allein durch eine Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla, nicht Marcus Antoninus<sup>17)</sup>, ward sanctionirt, was vermuthlich schon durch die Interpretation eingeführt war, daß bey einem verstandlosen Minderjährigen, eben so wie bey einem solchen Pupillen, mehr das Alter, als der Wahnsinn berücksichtigt, und also der Curator dem Minderjährigen non ut furioso, sondern ut adolescenti gegeben werden solle. So belehrt uns hierüber Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum*<sup>18)</sup>:

15) S. Boß civilistische Abhandlungen. (Eoburg und Leipzig 1820. 8.) S. 217 ff.

16) S. Hugo Rechtsgesch. S. 123. der 8. Aufl. und Jac. OSELIVS ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. not. 7. (in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 67.)

17) S. *Ant.* SCHULTING ad Gaji Epit. Institution. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. pag. 67.

18) L. 3. §. 1. *D. de tutelis.* *Ant.* FABER in *Jurisprud. Papin. Scient.* Tit. XII. Princ. I. Illat. 6. pag. 685. sqq. hat hier nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen finden wollen. Allein *Franc. de AMAYA* *Observation. iuris* Lib. I. Cap. 8. pag. 51 — 55. (*Genevas* 1633. 4.) hat mir die Mühe erspart, diese Grille des großen Fabers



Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, *curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum*: et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem: et ita Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit: *cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Die vom Ulpian hier angeführte Constitution des Kaisers Antoninus ist vielleicht die nämliche, welche im Codex L. 1. h. t. (V. 70.) folgendermassen lautet:

Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui. PP. IV. Kal. August. MESSALA et SABINO *Conss.* 215.

Daß bey einem minderjährigen Wahnsinnigen das Alter entscheiden mußte, war auch ganz consequent, nachdem die cura minorum einmal eingeführt war, und da diese cura erst nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen eingeführt wurde; so ist auch begreiflich, warum nach denselben es nicht darauf ankommen konnte; ob der furiosus minor, oder maior XXV. annis sey. Es ist aber auch der Unterschied nicht unbedeutend, indem die cura minorum sich erst mit dem 25sten Jahre, die cura furiosi aber sich endiget, sobald der furiosus den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat. Ist ihm nun der Curator seines minderjährigen Alters wegen gegeben, so dauert die Curatel fort, bis der Pflegbefohlene die Großjährigkeit erreicht

zu widerlegen, die auch schon OSW. HILLIGER in *Donello enucleato* Lib. 111. Cap. 18. Lit. C. pag. 164. gerügt, aber nicht so, wie AMATA, widerlegt hatte.

hat, wenn ihn auch der Wahnsinn schon früher verlassen hätte; sie hört aber auch auf mit dem Eintritt der Großjährigkeit, wenn gleich der Großjähriggewordene noch fortwährend wahnsinnig bliebe. Es tritt nun die cura furiosi oder mente oapti ein<sup>19)</sup>. Bey der cura aetatis bedarf es auch keiner weitern Untersuchung des Gemüthszustandes, welche hingegen bey der cura furiosi erfordert wird<sup>20)</sup>.

IV. Die Cura über Verschwender. Daß darunter diejenigen verstanden werden, welchen wegen ihrer verschwenderischen Lebensart die eigene Verwaltung ihres Vermögens von der Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung untersagt worden ist, leidet keinen Zweifel. Nur von diesen ist auch hier die Rede<sup>21)</sup>. Wenn nun aber die

19) *S. Hag. DONELLUS* Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 18 §. 12. (Vol. II. pag. 226. edit. Norimb. 1805. 8.) Eine ganz verkehrte Ansicht hat *Ant. FABER* in Jurispr. Papin. Soient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 14. pag. 775.

20) *L. 6. D. h. t. S. VORZ* Comm. h. t. §. 2. (propius a fine.)

21) *S. Aug. a LEYSER* de prodigis, in *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXLIX. pag. 573 — 576. *Ern. Christ. WESTPHAL* Resp. Quid requiratur, ut pro prodigo quis declarari possit? in Desselben Rechtsgutachten Nr. 2. S. 226 — 235. *Fried. Hoppe* Lehre von jurisdischen Verschwendern. Gießen und Darmstadt 1803. 8. *R. J. U. de WAEL* Diss. de prodigis. *Groening.* 1806. 4. *G. Th. J. WICKERLINK* Diss. de cura prodigorum secund. princip. iur. Rom. et hod. *Lugd. Batavar.* 1821. 4. und *F. C. Gesterding* Cura prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswald 1826. 8.) Nr. II. S. 47 — 70.

Frage entsteht: Wer wegen seiner unwirtschaftlichen Lebensart gerichtlich für einen Verschwender erklärt werden könne? so beantwortet Ulpian<sup>22)</sup> dieselbe auf folgende Art:

*Si Praetores vel Praesides talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit.*

So verschieden nun auch diese Worte Ulpian's erklärt werden, so ist doch so viel gewiß, daß nicht jeder schlechter Haushalter, auch nicht jeder, der sich dem Spiele, oder Trunke ergeben hat, sogleich für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt werden könne. Denn auf diese alle paßt der Begriff Ulpian's nicht. Dieser geht auf übermäßigen Aufwand, der mit der Größe des Vermögens und dem Einkommen dessen, der ihn macht, in keinem Verhältniß steht, und daher, wenn ihm nicht Einhalt gethan wird, zur Verarmung führen muß<sup>23)</sup>, oder, wie Westphal<sup>24)</sup> sich ganz richtig ausdrückt, wenn Jemand mehr ausgiebt und verthut, als er nach seiner Einnahme thun kann, so ist er für einen Verschwender zu halten, der unter die Curatel zu setzen ist. Die Prodigalitäts-Erklärung geschieht von dem ordentlichen Richter des Verschwenders<sup>25)</sup>, und auch diese darf eben so wenig, als eine Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung, von richterlichen Amts wegen ohne vorgängigen Antrag der nächsten

22) L. 1. pr. D. h. t.

23) Gesterding angef. Abhandl. §. 2. S. 55. ff.

24) Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 1. S. 146.

25) S. Hoppe angef. Versuch. §. 7.

Verwandten des angeblich verschwenderischen Hauswirths, oder von Seiten der Policen geschehen, welcher durch eine bestimmte Angabe von speciellen Thatsachen einer verschwenderischen Wirthschaftsführung begründet seyn muß. Nur erst dann, wenn bey einer sorgfältigen Untersuchung die angegebenen Thatsachen als wahr befunden worden, und der als Verschwender angegebene bey seiner Vernehmung, welche hier schlechterdings nöthig ist, zur Rechtfertigung der ihm zur Last gelegten Thatsachen etwas Erhebliches anzuführen nicht im Stande gewesen, kann er in einem sofort zu ertheilenden Erkenntnisse für einen Verschwender erklärt, und ihm ein Vormund bestellt werden<sup>26)</sup>, ohne Unterschied, das Individuum sey eine Manns, oder Frauensperson<sup>27)</sup>. Denn Paulus sagt *libro III. Sententiarum* <sup>28)</sup>:

Et mulieri, quae luxuriose<sup>29)</sup> vivit, bonis interdici potest.

26) S. Loß civilistische Abhandlungen. Nr. VI. §. 10. ff. S. 222. ff. Auch bey Prodigalitätsklärungen findet jedoch das Rechtsmittel der Appellation Statt. S. Loß §. 17. S. 227. ff. Man vergleiche noch vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten. Tit. 38.

27) VORT Comm. h. t. §. 12. und Jo. a SANDE de prohib. rerum alienat. P. N. Cap. 2.

28) L. 15. D. h. t.

29) Das Wort *luxuriose* will zwar Jac. CUIACIUS ad Julii Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 6. durch *libidinose et turpiter* erklären, und also dieses Gesetz von einer meretrix verstehen. Allein das Wort *luxuria* wird von den Classikern im recht eigentlichen Sinne von der prodigalitas gebraucht, wie Guil. FORNERIUS Selection.

So lange nun die Prodigalitätsklärung nicht erfolgt ist, sind noch alle die von dem Verschwender sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall vorgenommene Rechtshandlungen gültig, und können nicht angefochten werden<sup>30)</sup>, während die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind,

Lib. II. Cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 51.) und *Eman. Soares a RIBBIRA* Observation. iuris Lib. I. Cap. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 568.) aus vielen Stellen der Alten bewiesen haben. *Mulier, quae LUXURIOSE vivit*, ist also keine Hure, sondern eine solche Frauensperson, *quae profuse vivit, quae vitam prodigam agit, foemina patrimonii decoctrix*, eine Verschwenderin, wie *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed praeter furiosos* (*Opp.* Tom. II. pag. 589.) *Ant. SCHOLTING* ad dict. locum *Pauli* Not. 14. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 340.) *POTHIER* Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. d. und *Bav. VOORDA* *Thes. controvers.* Decad. XXVIII. Th. 7. dieses Gesetz richtig erklärt haben.

- 30) §. 2. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 19.) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten der Meinung, daß dem Verschwender, als solchem, gegen die Contracte, die er vor der Prodigalitätsklärung geschlossen hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden könne, weil der Verschwender in den Gesetzen einem Minderjährigen gleichgeachtet werde. *L. 19. in fin. D. de rebus auctor. ind. possid.* *L. 3. C. de in int. restit. minor.* *S. FACHINABUS* Controv. Op. Lib. II. cap. 68. Allein diese Meinung ist ungegründet. Die angeführten Gesetze reden von einem Verschwender, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt ist. Sie wird daher mit Recht verworfen. *S. Ant. MERENDA* *Controversiar. iuris* Lib. I. Cap. 29. §. 4. sqq. *Jo. Jac. WISSENBACH* *Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII.* Th. 22. Doppelte Lehre von juridischen Verschwendern. § 5. S. 49 f.

wenn ihm auch gleich noch kein Curator gegeben worden ist<sup>31)</sup>. Anderer Meinung ist zwar freylich Hugo Donnellus<sup>32)</sup>. Er will in Hinsicht auf die Fähigkeit zur Verwaltung des Vermögens keinen Unterschied zwischen einem Verschwender und Wahnsinnigen Statt finden lassen. So wie also die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind, auch ehe demselben ein Curator gesetzt worden ist, eben so auch die Handlungen eines Verschwenders, weil ihm schon deswegen allein, weil er Verschwender ist, das Gesetz die eigene Verwaltung seines Vermögens untersage, ohne erst durch ein obrigkeitliches Decret für einen Verschwender erklärt zu seyn. Ulpian sage dieses ganz bestimmt *L. 1. pr. D. h. t. LEGE duodecim Tabularum prodigo interdicatur honorum suorum administratione*; und in einer auß eben dem *Libro I. ULPIANI ad Sabinum* genommenen Stelle, nämlich *L. 18. pr. D. Qui testam. facere poss.* heiße es in Beziehung auf die Testamentifaction: *Is, cui LEGE bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet.* In beyden Stellen werde ex professo von der Interdiction gehandelt, und diese nicht der Obrigkeit, sondern ausdrücklich dem Gesetz allein zugeschrieben. Denn *lege interdici* könne nicht anders verstanden werden, als *lege sola interdici, nec Praetoris interdictionem desiderari.* Wenn also Justinian §. 2. *J. Quibus non est permiss. facere testam.* sage: *Item prodigus, cui honorum suorum administratio inter-*

31) G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Jo. a SANDE de prohibita Rer. alienat. P. II. Cap. 1. §. 3. et 15.

32) Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. ad L. 6. h. t. pag. 55. sqq. (Francof. 1599. f.)

dicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est; so sey der Beysatz: *cui bonis interdictum est*, nicht zum Unterschiede beygefügt, als ob es einige Verschwender gebe, denen die Verwaltung ihres Vermögens untersagt ist, und andere, denen sie nicht untersagt ist, sondern die angeführten Worte seyen nur zur Erläuterung und gleichsam als ein Grund beygefügt, warum der Verschwender nicht testiren könne. Der Sinn sey also nur der: *prodigus, ut cui honorum suorum administratio interdicta est, oder quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest*; und die folgenden Worte: *Sed id, quod ante fecerit, etc.* seyen nun so zu erklären: *Sed id, quod ante fecit prodigus, id est, is, qui nunc prodigus est, et cui ob id est bonis interdictum*, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret honorum interdictio, id est, *quam vere esset prodigus*, ratum est. Das Resultat seiner Meinung geht also dahin: jeder natürliche Verschwender, auf den der Begriff eines Verschwenders paßt, sey auch eo ipso, in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen, nach dem Geist der Gesetze schon ein juridischer Verschwender, wenn er auch gleich noch durch kein obrigkeitliches Decret dafür erklärt worden ist. Ich übergebe gern die Gründe, die Donellus noch für die Billigkeit seiner Meinung mit einer unnöthigen Ausführlichkeit hinzugefügt hat, denn es scheint mir ganz auf sie zu passen, was Virgil sagt:

— — *animum pictura pascit inani.*

Hat denn der große Rechtsgelehrte nicht eingesehen, daß ein bloß natürlicher Verschwender, dem die eigene Ver-

waltung seines Vermögens nicht von der Obrigkeit untersagt, und unter die Curatel gesetzt worden, ein juristisches Urding ist? Und die Gesetze selbst sollten ein solches Urding geschaffen haben? Der Begriff von Verschwendung ist ja bekanntlich ein sehr relativer; für den Einen ist diese Ausgabe eine Verschwendung, für den Andern ist sie nach der Größe seines Vermögens ein gewöhnlicher Luxusartikel. Es kommt also alles auf den Vermögens-*Etat* des Individuums an, welches der Verschwendung verdächtig ist. Die Beurtheilung aber, ob dieses Individuum juristisch für einen Verschwender zu erklären sey, kann ja kein Act der gesetzlichen, sondern nur der richterlichen Reflexion seyn. Also nicht das Gesetz selbst kann einen Menschen für einen Verschwender erklären, sondern nur den Richter berechtigen, denjenigen, auf den nach der bisherigen Führung seines Haushalts der Begriff eines Verschwenders paßt, die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen. Und welche Behutsamkeit hat nicht auch hier der Richter zu beobachten nöthig, um nicht durch ein vorschnelles Verfahren einem Menschen an seiner Ehre und Credit zu schaden? Denn Jemandem auß Gerathes wohl die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, ist ein gewaltsamer Eingriff in die Freyheit und das Eigenthumsrecht des Staatsbürgers. Der Richter, der hier, ohne sich genau informirt zu haben, verfährt, würde sich offenbar einer Injurienklage aussetzen. Man lasse sich doch ja nicht täuschen, als ob die Gesetze gegen diese vernünftige Ansicht Etwas sanctionirt hätten. Nein, wenn das Gesetz dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens untersagt, wie es in den oben angeführten Stellen heißt; so will es ja auch natürlich, daß die Verwaltung desselben einem Andern übertragen werde, das heißt, es



muß ihm ein Curator gesetzt werden. Diesen hat nun entweder das Gesetz selbst berufen, wie z. B. die Agnaten und nächsten Verwandten, wenn sie dazu tüchtig sind, welche denn auch zuerst für die Prodigalitäts-Erklärung zu sorgen haben; oder der Richter setzt den Curator, nach vorgängiger genauer Untersuchung der Sache, selbst. *LEGE prodigo interdicatur bonorum suorum administratione*, heißt also nicht, *lege ipsa, lege sola prodigo bonis interdicatur, auctoritate iudicis vel non accedente*; denn alsdann behielte ja der Verschwendder nach wie vor die Verwaltung seines Vermögens, und könnte so, wie bisher, fortwirthschaften, bis er sich zum Bettelstabe herabgewirthschaftet hätte; wer möchte dem Gesetz einen solchen Unsinn beylegen? sondern es heißt *lege permittente prodigo interdicitur a magistratu bonorum suorum administratione*. Daß dieses aber auch der wahre Sinn der Gesetze sey, erscheint ganz klar aus folgenden Gesetzstellen.

*L. 12. §. 2. D. de tutoribus et curat. dat. ULPIANUS libro III. de officio Proconsulis. DIVUS PIUS* matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: *Non est novum, quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.*

*L. 10. D. h. t. ULPIANUS libro XVI. ad Edictum. JULIANUS* scribit, eos, quibus per Praeto-

*rem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant* <sup>33)</sup>, *cum eis deminutio sit interdicta.*

Die Gesetze halten es also für billig, für diejenigen zu sorgen, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. Würden sie aber wohl ihren Zweck erreichen, wenn man sie so verstehen wollte, daß ihre Interdiction allein hinreichend sey, ohne dem Verschwender einen Curator zu setzen, der durch Verwaltung des Vermögens der Verschwendung desselben Einhalt thut? Und setzt denn nicht Julian den Grund,

- 33) Vielleicht ist das eben so zu verstehen, als wenn CICERO *Tuscul. Disputation. Lib. III. cap. 5.* vom furiosus sagt: Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim Tabulae; welches nicht so viel heißt, als ob der furiosus aufhöre Eigenthümer seiner Güter zu seyn, sondern er könne nur, so lange er in diesem Zustande der Raserey sich befindet, sein Eigenthum nicht selbst ausüben. Daher glaubt Ger. Noodt *Comm. ad Dig. h. t. §. Eius vero* (Opp. Tom. II. pag. 590.) es müsse vielleicht richtiger heißen: quia ius in bonis non habeant. Ein Fehler, der vielleicht ex Siglis, quia J. in bonis non habent, welches von dem Abschreiber übersehen worden, entstanden seyn könne. Noch leichter aber hat vielleicht das ius übersehen werden können, wenn man mit Bynkershöf in der Gebauerischen Ausgabe liest: quia in bonis ius non habeant. Doch meint auch Bynkershöf, es ließe sich gewissermaßen sagen, prodigum nihil habere in bonis, nämlich in Rücksicht der Dispositions-Fähigkeit, weil ein Verschwender nicht veräußern kann, welches doch eine vorzügliche Eigenschaft des Eigenthums ist. So versteht diese Stelle auch POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. b. pag. 166. Daher lesen auch mehrere Ausgaben z. B. Baudouin, und Merlinus: quia in bonis nihil habent.

warum ein Verschwender nicht veräußern kann, ausdrücklich darin, weil ihm die Verminderung seines Vermögens vom Prätor untersagt worden ist? Nun denke man sich noch, welcher einer zahllosen Menge von Processen, ja welchen Betrügereyen der Weg gebahnt werden würde, wenn man die Meinung des großen Donellus in der Praxis geltend machen wollte. Ja könnte nicht auch Habucht, Neid, und Bosheit hier eine reiche Quelle entdecken und benutzen, dem Credit eines ehrlichen Mannes zu schaden? Gründe genug, daß Niemand, der *sui iuris* ist, in der freyen Disposition über sein Vermögen gestört werden dürfe, so lang ihn nicht der Richter nach reiflicher Uebersetzung förmlich für einen Verschwender erklärt hat. Es ist nun auch fast nicht mehr zu bemerken nöthig, daß in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten häufig dem Gesetz zugeschrieben wird, was doch nothwendig einen Richterspruch erfordert <sup>34)</sup>. Sehr richtig urtheilte schon Einer unserer angesehensten Practiker, David Revius <sup>35)</sup>, wenn er sich hierüber folgendermassen erklärt hat.

*Lex in genere administrationem honorum prodigis adimit, et, ut singulis auferatur, sua vi effecit, unde ei, tanquam primae et mediatae causae, tribuitur. Cum autem, quis prodigus sit, in individuo Lex demonstrare non valeat, sed pro variis personarum, temporum, rerum, eventuum locorumque circumstantiis id varie definiendum, et indignum, pri-*

34) *L. ult. D. ad L. Corn. de falso, L. 4. §. 5. D. ad L. Jul. peculat. L. 6. §. 1. L. 7. §. 3. D. ad L. Jul. repetandar. L. 2. §. 3. D. de his, qui not. inf.*

35) *Commentar. in ius Lubecense. Lib. I. Tit. X. Artic. V. nr. 2. et 3. pag. 264.*

## De curator. furioso et aliis extra minores datis. 191

vato permittere famosum prodigalitat<sup>is</sup> iudicium, aut quod cum profusionis non manifesto contraxerit, imputare, declaratio Magistratus, qua prodigum pronunciet, requiritur, cuius respectu a Praetore interdicti dicitur.

Der Fehlschluß, den man hier von einem Wahnsinnigen auf den Verschwender gemacht hat, ist auch, so wie der Unterschied zwischen beyden, selbst in Beziehung auf das Vermögen, so einleuchtend, daß hierüber auch nur ein Wort zu verlieren Zeitverschwendung seyn würde, da dieß von Andern <sup>36)</sup> schon zur Genüge gezeigt worden ist. Dennoch hat die Meinung des Donellus bey mehreren, besonders bey Andreas Fachineus <sup>37)</sup> und Helfr. Uir. Hunnius <sup>38)</sup> Beyfall gefunden; allein von den meisten Rechtsgelehrten <sup>39)</sup> ist sie mit Recht verworfen worden.

Daß die richterliche Prodigalitäts<sup>er</sup>klärung öffentlich

36) G. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 3. et §. 7 — 9. Daselbst Handbuch des Pandectenrechts. 3. Theil §. 301.

37) Controvers. Op. Lib. II. Cap. 63.

38) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 20. pag. 231 — 233.

39) Paul. MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXVIII. nr. 43 — 47. Ever. BRONHORST *Εναγτιοφανων*. Cent. I. Assert. 34. Jo. GOEDDAEUS de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 134. sqq. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. pag. 556. besonders Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 27. (*Bruxellis* 1745. f. Tom. I. pag. 34. sqq.) und Sam. de COCCBJI Jur. civ. contr. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. Qu. 3. pag. 242.

bekannt gemacht werde, darin sind alle Rechtsgelehrten <sup>40)</sup> einverstanden. Zwar paßt die Gesetzstelle, *L. 11. §. 2. D. de institor. act.* welche man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, eigentlich nicht. Denn sie spricht von einem Handlungsfactor, zwischen welchem und einem gerichtlich erklärten Verschwender noch ein großer Unterschied ist <sup>41)</sup>. Es erfordert vielmehr die Sicherheit des Publikums eine solche öffentliche Bekanntmachung zur Warnung desselben. Daher muß die Bekanntmachung nicht nur an dem Orte geschehen, wo der pro prodigo Erklärte seinen eigentlichen Wohnsitz hat, sondern auch da, wohin der vorzüglichste Wirkungskreis des Verschwenders ging. Sie ist denn auch aufferhalb Landes von Wirkung <sup>42)</sup>. Während der Untersuchung über die Prodigalität eines Individuums sind zwar dem Richter zweckmäßige Vorbeugungsmittel gegen ferneren Vermögensverfall allerdings erlaubt <sup>43)</sup>; allein eine dem guten Namen und Credit eines Menschen, der sich gegen den wider ihn streitenden Schein doch vielleicht noch rechtfertigen könnte, nachtheilige Bekanntmachung findet nicht Statt. Auch kann sich eine bloß provisorische Verfügung, da doch der Ausgang der Untersuchung immer noch zweifelhaft ist, nicht bis zur gänzlichen Entziehung der Administration und des Genus

40) Vort Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Jo. a SANDER de prohibita rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 8. Hoppe von jurid. Verschwendern. §. 5. S. 45. u. 48.

41) S. Ant. MARENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 28. §. 15.

42) Vort h. t. §. 11. Hoppe angef. Schrift. S. 48. S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts S. 97. f.

43) S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Processes. 4. Bd. Nr. LXXIX. §. 38. S. 362. (der 2. Aufl. Erlangen 1805.)

ses seines Vermögens erstrecken. Diese kann erst mit der Prodigalitätserklärung erfolgen. Wohl aber können in einzelnen Fällen diejenigen, von denen bekannt wird, daß sie mit ihm sich in Contracte einlassen wollen, wegen der wider ihn obwaltenden auf Prodigalitätserklärung gerichteten Untersuchung gewarnt werden. Wie nun aber wenn ein solcher Mensch, der wegen angezeigter Verschwendung in gerichtliche Untersuchung gerathen ist, der provisorischen Vorkehrungen ungeachtet, Etwas von seinem Vermögen veräußert haben sollte, ist diese Veräußerung bey nachher erfolgter Prodigalitätserklärung für nichtig zu achten? Die Annullirung einer solchen Veräußerung scheint an sich kein Bedenken zu haben. Denn eine Vergleichung zwischen dem Vermögen eines der Prodigalität wegen gerichtlich Angeklagten, und einer res litigiosa, über welche während des Processus nicht disponirt werden kann <sup>44)</sup>, läßt sich wohl vertheidigen. Es kommt denn auch nichts darauf an, ob der Dritte von der Lage des Veräußernden Wissenschaft gehabt hat, oder nicht <sup>45)</sup>. Qui enim cum alio contrahit, sagt Ulpian *libro XXIV. ad Sabinum* <sup>46)</sup>, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius <sup>47)</sup>. Wären aber während der Untersuchung

44) L. 2. L. 4. C. de litigiosis. (VIII. 37.) S. Schweppe Römisches Privatrecht. 1. Th. S. 162. a. der 4. Aufl.

45) L. 4. pr. et §. 1. Cod. de litig.

46) L. 19. pr. D. de div. Reg. iuris.

47) Es § in den civilist. Abhandlungen. S. 226. nimmt jedoch den Fall aus, wenn das Geschäft auf Seiten des Verschwenders auf keiner Freygebigkeit beruht, und der Dritte, welcher sich mit ihm auf den Grund eines lästigen Vertrags einließ, eidlich erharthen kann, daß er nicht gewußt habe, daß der Verschwender seiner Prodigalität wegen bereits gerichtlich angeklagt gewesen sey.

gar keine interimistische Vorkehrungen von Seiten des Gerichts getroffen worden; so kann der Angeschuldigte, so lange der Proceß noch schwebt, nicht als positiv gesetzlich erwiesener Verschwender betrachtet werden. Er würde aber so behandelt, wenn die mit ihm geschlossenen Contracte annullirt werden sollten<sup>48)</sup>. Die Prodigalitätserklärung kann aber keine zurückwirkende Kraft haben, auch dann nicht, wenn der Verschwender notorisch, als solcher, bekannt seyn sollte<sup>49)</sup>.

V. Die Curatel über Personen, welche an einem körperlichen Gebrechen leiden, nämlich Taube, Stumme, Blinde, und andere gebrechliche, oder beständig Franke Personen, die dadurch gehindert werden, ihren Angelegenheiten selbst vorzustehen<sup>50)</sup>. Diese ist eine bloße Dativ Curatel, welche in der Regel nur auf deren Verlangen angeordnet zu werden pflegt<sup>51)</sup>. Sie ist denn auch bloße Beyhülfe, und beschränkt den Curanden nicht, so weit er derselben nicht bedarf<sup>52)</sup>. Nur Taubstumme, die sich durch verständliche Zeichen nicht auszudrücken vermö-

48) S. Ernst. Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten. 15. Bk. S. 304. ff.

49) S. Hoppe angef. Schrift. S. 49. f. MERENDA Controv. iuris Lib. I. cap. 27. §. 9. und Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile est*, in fin. pag. 589.

50) §. 4. *J. de Curat. L. 12. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 2. D. h. t.*

51) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 227. sqq. edit. naviss. Norimberg. 1805. 8.)

52) VERT Comm. h. t. §. 13. und Schweppe Abm. Privatrecht. §. 746.

gen, kann auch wohl auf den Antrag der Verwandten ein Curator von der Obrigkeit bestellt werden<sup>53)</sup>.

VI. Die Cura über Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind. So lange Kinder in väterlicher Gewalt sind, kann eigentlich von keiner Vormundschaft über dieselben die Rede seyn<sup>54)</sup>. Allein wenn Jemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt ist, ein Vermögen zuwendet, z. B. sie zum Erben einsetzt, oder beschenkt, und zwar so, daß der Vater den Nießbrauch und die Verwaltung desselben nicht haben soll; so kann er, wenn diese Person noch nicht das Alter erreicht hat, daß sie ihr Vermögen selbst verwalten kann, in seinem Testamente einen Curator bestellen, und dieser kann denn auch sogar der Mutter oder Großmutter die Verwaltung überlassen, wenn sie dieselbe übernehmen wollen. In Ermangelung desselben kann die competente Obrigkeit einen Curator ernennen. Es gehört hierher die *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* welche nach Homberg's Uebersetzung folgenden Inhalts ist.

*Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictas vel donatas sunt, (sc. ut pater in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat) si quidem perfectas aetatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectas aetatis sint, ab eo administrantur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam aetatem ve-*

53) *L. 2. D. h. t.*

54) *L. 6. §. 4. D. de tutelis. L. 7. pr. Cod. de curat. furiosi vel prodigi.*



niant: licentiam habente testatore, vel donatore, earum administrationem matri, vel aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis dictae mulieres maritos habeant: ita tamen, si illae administrationem suscipere velint, Quod si is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

Eben so kann auch ein minderjähriger Haussohn, der eine ihm angefallene Erbschaft gegen den Willen des Vaters angetreten hat, zur Verwaltung derselben, um einen Curator bey der Obrigkeit bitten.

L. 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liberis.* (VI. 61.) Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et hereditate ei delata, pater consentire adeunti hereditatem noluerit, — patre autem recusante filius adire maluërit, damus quidem licentiam ei hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare propter causae necessitatem: habeat facultatem filius adire competentem iudicem, et ab eo petere curatorem hereditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat.

§. 1390. h.

Wer kann Curator seyn?

Soviel 5) die Person der Curatoren betrifft; so kön

nen alle diejenigen auch Curatoren seyn, welche eine Tutel zu führen fähig sind, sofern ihnen nicht ein besonderes gesetzliches Verbot entgegensteht<sup>55)</sup>). Wer also nicht tutor seyn kann, kann auch nicht zum Curator bestellt werden. Jedoch ist in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel das Besondere, daß nach dem Röm. Rechte der Mann nicht Curator seiner Frau, und auch der Bräutigam nicht Curator seiner Braut seyn kann<sup>56)</sup>). Der Grund ist nicht sowohl, weil man besorgt, der Frau möchte, wenn der Mann die Curatel schlecht verwaltet hat, demselben die Nachlässigkeit verzeihen, und ihm die Entschädigungsverbindlichkeit erlassen; denn das wäre eine Schenkung, welche ohnehin unter den Ehegatten nicht gilt; sondern weil es einen Unfrieden unter den Ehegatten verursachen würde, wenn die Frau Rechnungsablegung von ihrem Manne verlangen wollte, welchen doch die Gesetze auf alle möglichste Art unter den Ehegatten verhütet wissen wollen<sup>57)</sup>). Der Hauptgrund scheint aber besonders der zu seyn, weil ja diese Curatel in Widerstreit mit dem Verbote der Ehe zwischen dem Curator und seiner Pflegbefohlenen gerathen würde<sup>58)</sup>). Denn auf dieses Eheverbot ist ja jenes Verbot der Curatel

55) G. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 232. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg.) und Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Quarentibus.

56) L. 14. D. h. t. L. 2. C. Qui dare tutor. (V. 34.) L. 1. §. 5. D. de Excusat. G. den 29. Jh. §. 1301. G. 110 ff. und Jh. 31. G. 191. Vergl. auch Reinh. BACHOVIVS ad Treutleram Vol. II. P. I. Disp. IX. Corollar. pag. 502.

57) G. Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 5. pag. 763.

58) G. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 167.

gegründet<sup>59)</sup>, und es läßt sich daher der heutige Gebrauch dieses Verbots mit Grund nicht bezweifeln<sup>60)</sup>. Es kann jedoch auch der Schwiegervater nicht Tutor seiner Schwiegertochter seyn. In der Oratlon des Kaisers Marcus vom Verbote der Ehe zwischen dem Vormund und seiner Pfliegbefohlenen war zwar von diesem Falle wörtlich nichts enthalten; allein man wendete sie doch auch auf diesen Fall an, weil man besorgte, die Schwiegertochter möchte sich eben so scheuen, von ihrem Schwiegervater, so wie die Frau von ihrem Manne, Ablegung der Rechnung zu verlangen. Daher rescribiren die Kaiser Gallienus und Valerianus *L. 17. C. de excusatione tutor.*

59) *C. Fragm. Vatican. de Excusatione §. 201. Erit haec etiam excusatio, si quis uxori suae curator datur. Nam sicuti Senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius tutor vel curator fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare, divus Severus Flavio Severiano rescripsit. Und §. 202. Item. Proinde, si cui fuerit pupilla a patre desponsa, non debet ei tutor dari, ne nuptiae impediatur, et datus excusabitur; et si sponsae suae curator fuerit datus, debet excusari, nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. C. de BUCHHOLTZ Commentar. in Vatic. Fragmenta pag. 155.*

60) *C. besonders Jos. Lud. Ern. PÜTTMANN Progr. ad orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783. 4. Das Gegentheil behaupten zwar Jo. Ortow. WESTENBERG in D. Marco. Diss. XLV. §. 35. pag. 394. und Christ. Henr. BREUNING Diss. de tutore sponso pupillae. Lips. 1769. Allein Püttmann hat diese Meinung in der angef. Schrift pag. 17 — 20. ausführlich widerlegt. Man sehe jedoch auch Ge. Steph. Wessand Opuscula (Lipsiae 1782.) Specim. VI. pag. 74. sqq.*

Licet orationis sub *divo* MARCO habitae verba deficiant: *is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat* <sup>61)</sup>.

Es fragt sich aber, ob der Sohn zum Curator seiner blödsinnigen oder verschwenderischen Eltern bestellt werden könne <sup>62)</sup>? Daß ein Sohn Curator seines Vaters seyn könnte, wenn der Vater seinen Geschäften nicht mehr selbst vorstehen kann, hat an sich keinen Zweifel, wie Ulpian *libro III. de officio Proconsulis* <sup>63)</sup> sagt. Celsus hielt zwar dieß mit mehreren andern für unanständig. Allein der Kaiser Divus Pius rescribte an den Justius Celer, und eben so rescribirten auch die *Divi Fratres*, es sey besser und naturgemäßer, daß der Sohn, wenn er ein rechtlicher Mann und

61) Diese labes pudoris bezieht sich auf die angedrohte Strafe der Infamie. *L. 4. Cod. de excusat. tutor. et curat.* C. den 29. Th. des Commentars. §. 1301. C. 110.

62) *S. Christ. Lud. CRELL Observaciones de filio patris aut matris curatore: ad L. 1. §. 1. D. de curat. fur. Vütembergae 1754. 4.*

63) *L. 22. pr. et §. 1. D. de tutor. et curator. dat.* His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit. — Nec dubitabit, filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud CELSUM, et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen *divus Pius Justio Celeri, item divi Fratres* rescripserunt: filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. *Jac. CUSACUS Lib. X. Observat. cap. 57.* hat aus alten Inschriften erwiesen, daß statt *Justia*, *Instio Celeri* gelesen werden muß.

guter Hauswirth ist, als daß ein Fremder dem Vater zum Curator bestellt werde. Denn deswegen zeugen wir ja Söhne, sagt Plato <sup>64)</sup>, daß sie in unserm hilflosen Alter für uns sorgen, und uns mit ihrem Rath und Hülfe unterstützen sollen, und Quinctilian <sup>65)</sup> bemerkt sehr richtig: quod omnium sit votum parentum, ut honestiores, quam sint ipsi, liberos habeant. Man kann auch zu dem Sohne das Vertrauen haben, daß er für seinen Vater besser sorgen werde, als ein Fremder. Mit Ulpian stimmt Paulus vollkommen überein, wenn er *libro I. de officio Proconsulis* <sup>66)</sup> sagt:

Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit: *nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.*

Soviel nun aber insbesondere die aufgeworfene Frage betrifft; so theilen sich hier die Meinungen der Rechtsgelehrten. Einige <sup>67)</sup> behaupten, der Sohn könne zwar die Curatel über den wahnsinnigen Vater führen, aber nie dürfe demselben die Curatel über den Vater überlassen werden, wenn dieser pro prodigo erklärt worden ist.

64) *Gorgias*, Oper. a *Frid. Astro* editor. Tom. I. pag. 293. in fin.

65) *Instit. orator. Lib. XI. Cap. 1. pag. 980.* (edit. *Burman.*)

66) *L. 2. D. h. t.*

67) *DOMAT les loix civil. dans leur ordre natur. Tom. II. Liv. II. Tit. II. Sect. I. §. 11.* Schweppe *Röm. Privatrecht. §. 746.* von Wening Ingenheim *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 416.* Dabelow *Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301.* Hufeland *Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1651. Not. c.* Walett *Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 887. S. 141.*

Anderer <sup>68)</sup> hingegen machen keinen Unterschied, sondern behaupten, daß dem Sohne, wenn er nur sonst zur Führung der Curatel tüchtig ist, sowohl die cura furiosi als prodigi über die Eltern überlassen werden könne. Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen würde wohl freylich die cura furiosi weniger Schwierigkeit finden, als die cura prodigi parentis. Denn wir haben in diesem Titel einige Stellen, welche gar keinen Zweifel übrig lassen, daß die curatio in patre furioso sowohl, als die furiosae matris curatio dem Sohne überlassen werden könne. Hierher gehört

1) die Stelle aus ULPIANI libro I. ad Sabinum <sup>69)</sup>, welche folgendermassen lautet: Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda. Sed exstat Divi PII rescriptum, filio potius curatio- nem permittendam in patre furioso, si tam <sup>70)</sup> probus sit.

68) DONELIUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 3. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg. pag. 233.) ULR. HUBER Praelection. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 6. in fin. Hieron. ALEXANDER ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. (in Ant. SCHULTINGE Jurispr. vet. Ante-justin. pag. 67.) Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 3. pag. 762. GER. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Quaerentibus pag. 590. CRILL eit. Diss. Obv. VII. und Ehibaut System des Pandect. Rechts. 1. Bd. §. 509.

69) L. 1. §. 1. D. h. t.

70) Einige Ausgaben, z. B. die des Robert Stephanus und des Petrus ab Urso Baudoja Cestius, lesen: si tamen, und dieß hält Jo. van de WATER Observa- tion. iuris Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 342. für die rich- tige Lesart. GER. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Quae-

2) Die Stelle aus Ulpianus libro XXXVIII. ad Sabinum <sup>71)</sup>: *Euriosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequalis <sup>72)</sup> debetur.*

*rentibus* (Opp. Tom. II. pag. 590.) meint hingegen, daß das *tam* hier für valde genommen werde, so wie es auch L. 24. §. 1. D. de minorib. in dieser Bedeutung vorkommt. Daß diese Bedeutung auch den Röm. Classiker nicht fremd sey, habe, nach Aulonius *Perma de usu antiquar. locution. Lib. II. cap. 1. Frid. TAURMANN ad Plauti Mostellar. Act. IV. Sc. II. v. 9. pag. 566. lit. C. (Vitebergae 1612. 4.)* aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Allein es ist kein hinreichender Grund vorhanden, von der florentinischen Lesart, and dem gewöhnlichen Sprachgebrauch abzuweichen. Unter den Worten: *et tam probus sit*, muß man sich nur, wie sich von selbst versteht, denken, ut sc. curatio patris ei tuto permitti possit, wie auch SMALLENBURG ad *Art. SCHULTINGII Notas ad Digesta s. Pand. Tom. IV. (Lugd. Batav. 1823. 8.)* ad h. L. §. 1. pag. 506. sehr richtig bemerkt hat. Diese Erklärung stimmt auch mit den *Basilic. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162.* überein, wo es heißt: *οι πατερες δε αδελφον υιους ιναυοι, i. e. si filii eorum idonei sint.* Denn *ιναυοι* heißt so viel, als tüchtig, fähig, geschäft, im Stande. S. Passow griech. Lexikon. h. v.

71) L. 4. D. h. t.

72) Mehrere Rechtsgelehrten haben in diesen Worten die bekannte Redefigur finden wollen, welche man *Lipotes* nennt, wo mehr gesagt worden, als verstanden werden soll. Denn es sey bekannt, daß die Mutter gar keine potestas in liberos habe. L. 5. C. de adopt. (VIII. 48.) Ulpian, *Fragm. Tit. VIII. §. 8.* Es könne also auch Ulpianus Meinung nicht seyn, ihr wenigstens einige potestas in liberos einzuräumen. S. Ger. Noor. *Observation. lib. II.*

Zweifelhafter ist die curatio parentis prodigi. Man sagt zwar freylich Ulpian in der angeführten ersten Stelle:

Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.

Allein dieß kann doch wohl nur soviel heißen, ehemals habe man Bedenken getragen, dem Sohne die Curatel über seinen für einen Verschwender erklärten Vater zu überlassen. Warum? Ulpian sagt uns dieses selbst in der oben vorgekommenen *L. 12. §. 1. D. de tutor. et curator dat.* Celsus und mehrere Andere hätten es für unschädlich gehalten, *patrem a filio regi.* Dieß konnte doch wohl nur hauptsächlich auf den Fall sich beziehen, wenn der Vater für einen Verschwender erklärt worden ist. Denn wer hätte sonst darin etwas Unanständiges finden können, wenn der Vater wegen Altersschwäche, oder wegen Blindheit, oder wegen Blödsinn, eines Curators benöthigt ist und die Obrigkeit für rathsamer hält, die Curatel dem Sohne, als einem Fremden, zu übertragen? War hingegen der Vater *pro prodigo* erklärt worden; so gab es größern Anstoß, dem Sohne die Curatel über den Vater zu überlassen. Hier widersprach Celsus,

Cap. 15. und Desselben Julius Paulus cap. 7. auch *Jo. van de WATER* *Observat. iur. Rom. Lib. III. Cap. 12, pag. 342.* und *L. A. HAMBURGER* *Opusc. iurid. pag. 185.* Allein daß das neuere Römische Recht der Mutter allerdings einige Gewalt über die Kinder einräumt, s. B. in Ansehung der Bestellung eines testamentarischen Vormundes, und in andern Fällen, hat *PÜTTMANN* *Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 10.* gezeigt. Ich bemerke nur noch, daß statt *aequalis debetur*, wie *Salander*, und die meisten Ausgaben lesen, die florentinische Ausgabe *aequa debetur* hat.



und mehrere stimmten ihm bey, *quasi indecorum sit, patrem a filio regi*. Schon dieser Grund zeigt, daß ein solcher Fall gemeint sey, wo der Vater seiner bewußt ist, und weiß, was mit ihm vorgeht. Daher sagte auch Fabianus beym Seneca <sup>73)</sup>. *In hoc erim latam esse legem, ut pater a filio sanari deberet, non ut regi*. Und wie wenn sich auch der Sohn selbst, durch das Beyspiel des Vaters verführt, eine verschwenderische Lebensart angewöhnt haben sollte? Wir finden ja ein solches Beyspiel bey Seneca <sup>74)</sup>, wo der Vater, wie der Sohn, Verschwender waren. Dennoch, sagt Ulpian, hätten die *divi Fratres*, so wie *divus Pius* an den Iustius Celer rescribirt:

*filium, si SOBRIE vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Der Ausdruck *sobrie vivere* ist hier nicht ohne Bedeutung. Er wird dem *luxuriose vivere* entgegen gesetzt, welcher Ausdruck L. 15. h. t. vorkommt. Eine Stelle aus Cicero <sup>75)</sup> setzt diesen Gegensatz ausser Zweifel. Er sagt: *Intelligemus, quam sit turpe diffluere LUXURIA, et delicate ac molliter vivere, quamque honestum — parce, continenter, severe, SOBRIE*. Sollte also nicht schon die Voraussetzung auf Seiten des Sohns, *si SOBRIE vivat*, wosern er zum Curator seines Vaters bestellt werden soll, auf den Fall hindeuten, wenn der Vater ein verschwenderisches Leben führt? Es wird sogar für besser gehalten, dem Sohne die Curatel zu übertragen, als einem Fremden. Unstreitig weil er besser für

73) *Controvers. Lib. II. Controv. 11. in Divis.*

74) *Controvers. XIV.*

75) *De Officiis Lib. I. Cap. 30. nr. 106.*

die Erhaltung des Vermögens sorgen wird, als ein Fremder. Dieß ist auch gewiß dem Wunsche der Eltern gemäß, qui malunt curatione filiorum defendi, sagt Urell<sup>76)</sup>, quam extraneis se committere, et illorum iniuriam cum gemitu ac dolore exspectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel divitias suas invidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effoetae senectutis. Quare gaudent senes illi, si a filiis administrantur bona sua, quae filiorum causa ab illis comparata sunt, et quorum hereditatem, filiis in primis, destinaverunt<sup>77)</sup>. Da also auch dieser Fall nicht ausgenommen ist, so konnte Ulpian mit Recht ganz allgemein sagen: *Nec dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare*. Und dieser besonnene Ulpian sollte sich selbst widersprochen haben, wenn er *L. 1. §. 1. D. h. t.* sagt: Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda? Wie konnte man denn so ganz übersehen, daß Ulpian davon spricht, was man ehemals für bedenklich hielt? *Filio NEGABATUR permittenda*, sagt er ja ausdrücklich, und deutet damit gewiß auf die Meinung des Celsus und vieler andern hin, welche es für unschicklich hielten, patrem a filio regi, wie er sich in der andern Stelle darüber ausführlicher geäußert hat. Spräche Ulpian vom noch bestehenden Rechte, warum sagte er nicht: *filio NEGATUR permittenda*? Daß aber Ulpian wirklich nur sagen wollte, was ehemals vielen bedenklich geschienen, jetzt aber nicht mehr so sey, erhellet nun noch vollends aus dem Nachsage.

76) Diss. cit. Observ. VI. S. auch Obs. VII.

77) *L. 15. D. de inoff. testam.*

*SED extat Divi Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.*

Dies ist ja das, nämliche Rescript, welches Ulpian in der andern Stelle noch bestimmter angeführt hat, ein Rescript an den Justus Celer, wodurch *Divus Pius*, sich über die Meinung der Alten hinwegsetzend, welche das Wort *regi* gewiß in dem ganz unschicklichen Sinne für *imperare* genommen hatten, eine Bedeutung, welche dem Begriff der Curatel offenbar widerspricht, ganz allgemein functionirte:

*filium, si SOBRIE vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Freylich hat man sich durch die Worte: *filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit*, täuschen lassen. Diese Worte hat man nun sicher so verstanden, eher könne man dem Sohne die Curatel über seinen wahnsinnigen Vater überlassen, als über einen solchen Vater, welcher von der Obrigkeit für einen Verschwenker erklärt worden ist. Allein wenn das Rescript des *Divus Pius*, so wie der *divorum fratrum*, wirklich nur auf die cura furiosi beschränkt seyn sollte, warum sagte denn Ulpian dort kein Wörtchen davon, wo er die Frage, ob der Sohn zum Curator seines Vaters bestellt werden könne, hauptsächlich erörtern wollte? Warum stellte er dort den ganz allgemeinen Satz auf:

*Non dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare;*

ohne zu unterscheiden, ob der Vater furiosus oder prodigus sey? Daß also Ulpian gerade hier sagt, *in*

*patre furioso*, kann den Fall der *cura prodigi* nicht ausschließen. Denn Ulpian hatte ja kurz vorher gesagt, *prodigo, cui bonis interdicitur, curatorem dari exemplo furiosi*; und Seneca<sup>78)</sup> sagt mit Recht: *luxuriosus adolescens peccat: senex luxuriosus insanit*. Daß *potius curationem permittendam*, geht auch gar nicht auf die *cura furiosi*, sondern soll nur das ausdrücken, was Ulpian in dem andern Fragment bestimmter sagte: *filium patri curatorem dandum magis, quam extraneum*. Also daß *filio potius curationem permittendam*, heißt nichts anders, als es sey besser, dem Sohne die Curatel über seinen Vater zu übertragen, als einem Fremden. Meine Ansicht bestätigen endlich auch die Basiliken<sup>79)</sup>, in welchen der Sinn der *L. j. h. t.* so ausgedrückt worden ist:

Ἐπὶ ἀσώτῳ μῆτε μέτρον, μῆτε καιρὸν, ἐπισταμένῳ δαπάνης, δίδονται πρὸς μίμησιν τοῦ μαυρομένου κουράτωρ — Οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, κηδεμονεύειν αὐτῶν ὀφείλουσιν.

*Prodigo, qui neque modum, neque tempus expensarum novit, ad exemplum furiosi curator datur. — Filii autem eorum, si idonei sint, curationem eorum suscipere debent.*

Ob übrigens der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht, darauf kommt nichts an, wenn er nur sonst brav ist<sup>80)</sup>. Denn die Gesetze betrachten eine solche

78) *Lib. II. Controvers. XIV. alt. pars.*

79) *Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162.*

80) *S. Ant. FABER Jurispr. Papiniani Tit. VIII. Princ. VII. Illat. 12. pag. 329.*

Curatel mehr aus dem Gesichtspunct einer kindlichen Liebespflicht, als einer potestas<sup>81)</sup>. Daher sagt Crell<sup>82)</sup>, der Sohn sey sogar zur Uebernehmung der Curatel über seine Eltern verbunden, und könne im Verweigerungsfalle mit dem Verlust der Erbschaft derselben bestraft werden. Sein Grund ist, weil der Sohn schuldig sey, seine Eltern zu ernähren<sup>83)</sup>; er müsse also auch dafür sorgen, daß sie nicht verarmen, sondern das Vermögen erhalten werde, welches ihnen den Unterhalt gewährt. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Denn die *L. 1. h. t.* spricht bloß von einer Erlaubniß: *permittendam esse filio curationem patris*. Die *L. 3. C. de curat. furiosi* aber redet nur von der Erbitung eines Curators für den Vater. Kaiser Gordian rescribirt daselbst:

Si pater tuus mentis compos non est, *pete ei curatores*, per quos, si quid gestum est, quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui possit.

Die *Nov. CXV. Cap. 3. §. 12.* sieht es nun zwar als eine grobe Undankbarkeit an, wenn sich die Kinder ihrer in Wahnsinn verfallenen Eltern nicht annehmen, weshalb sie mit dem Verlust der elterlichen Erbschaft bestraft werden können. Allein daß sie die Curatel über sie selbst übernehmen sollen, befiehlt das Gesetz nicht; genug also wenn sie für ihre Pflege und Wartung sorgen, so daß es ihnen an nichts gebricht, und wofern sie selbst die

81) G. CRELL Diss. cit. Obs. VI. et VII.

82) Diss. cit. Obs. VI. et VII. pag. 29.

83) *L. 5. pr. D. de agnosc. et alend. liber. L. 1. C. de alend. liber. et parent. (V. 25.) L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis (VI. 60.) Nov. CXVII. cap. 7. in fin.*

Verwaltung des Vermögens nicht übernehmen können, oder wollen, um die Ernennung eines Curators bitten.

§. 1390. i.

Erbittung der Curatoren. Wenn ist sie nöthig?

Noch entsteht 5) die Frage, ob es auch bey der Curatel der Mündigen, so wie bey der Tutel oder Curatel der Unmündigen<sup>84)</sup>, Fälle gebe, wo Jemand verpflichtet seyn könne, den Richter aufzufordern, daß er demjenigen, welcher desselben bedürftig ist, einen Curator bestelle? Hugo Donellus<sup>85)</sup> hat diese Frage mit Recht verneinet. Die Verbindlichkeit zur *petitio* fällt also in der Regel hier weg<sup>86)</sup>. Denn es giebt kein Gesetz, welches hier so, wie bey der verachteten Pflicht der Erbittung von Tutoren oder Curatoren für Unmündige, eine Strafe gedrohet hätte. Das Gegentheil lehren vielmehr die Gesetze<sup>87)</sup> ausdrücklich. Nur bey der Mutter machen die Gesetze eine Ausnahme, welche auch einem wahnsinnigen Kinde einen Curator zu erbitten nicht versäumen darf, wenn es auch nicht mehr unmündig ist, wofern sie nicht in die Strafe des Gesetzes verfallen will<sup>88)</sup>. Daß hingegen Verwandte, und Freunde, oder auch Fremde,

84) S. den 30. Th. des Commentars §. 1323. S. 87 ff.

85) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 13. p. 239. sq. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg.)

86) VORT Comm. h. t. §. 2. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 743. Vergl. auch den 30. Th. des Commentars. §. 1323. S. 87.

87) L. 1. D. Qui pet. tutor. vel curator. L. 2. §. 29. et 30. D. ad Sctum Tertull. L. 6. Cod. Qui petant. tutor vel curator. (V. 31.)

88) L. 2. §. 31. D. ad Sctum Tertull.

Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th.

welche dabey interessirt sind, bey der competenten Obrigkeit auf die Bestellung eines Curators in einem benötigten Falle antragen können, ist schon oben bey der cura furiosorum und prodigorum bemerkt worden. Es entsteht aber hier wieder die Frage, ob der Sohn selbst dazu berechtigt sey? Sind die Eltern in Wahnsinn verfallen, so leidet die Erbittung keinen Zweifel. Denn dafür spricht die oben angeführte Constitution des Kaisers Gordianus<sup>89)</sup>, man lese nun in der Inscription derselben *Aureliae*, oder *Aurelio*, oder *Aureliano*. Sofern jedoch der Sohn die Curatel nicht selbst übernehmen will, oder kann, so würde er wenigstens auf die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit antragen müssen, wie ich bereits bemerkt habe. Kann aber auch der Sohn den Antrag machen, daß dem Vater, als einem Verschwender, die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt, und derselbe unter Curatel gesetzt werde? Daß der Prätor einem solchen Antrage Gehör gegeben, lehrt ein merkwürdiges Beyspiel bey Valerius Maximus<sup>90)</sup>. Seine Worte sind:

*C. LICINIUS cognomine Hoplomachus, a Praetore postulavit, ut patri suo honis, tanquam ea dissipanti, interdiceretur. Et quidem, quod petierat, impetravit.*

Auch Fabius Quinctilianus<sup>91)</sup> tabelt dieses an sich nicht, empfiehlt nur dem Sohne Mäßigung und Be-

89) *L. 3. C. de curat. furios. vel prod.*

90) *Exemplor. memorabil. Lib. VIII. Cap. 6. Ex. 1.*

91) *Institut. orator. Lib. XI. Cap. 1. (Tom. I. pag. 974. edit. Burmann. et Volum. IV. pag. 262. nr. 58. edit. Spalding)*

scheidenheit, welche die Ehrfurcht gegen den Vater nicht verletzt. Der Sohn soll sein Bedauern über den Zustand des Vaters bezeigen, und die traurige Nothwendigkeit seiner Pflicht vorstellen, und dieses alles zwar nur mit wenig Worten, aber doch auf eine Art aussprechen, welche zeigt, daß ihm die Sache zu Herzen gehe, möge ihm der Vater deswegen auch noch so harte Vorwürfe machen. Praeter hoc tamen, sagt der treffliche Lehrer der Beredsamkeit, quod est commune, propriam moderationem quaedam causae desiderant. Quapropter et qui curationem bonorum patris postulabit, doleat eius valetudine: et quamlibet gravia filio pater obiecturus, miserrimam sibi ostendat esse hanc ipsam necessitatem: nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam vere dicere appareat. Diesen Fall berührt auch Seneca in seinen Controversen<sup>92)</sup>. Er läßt den Sohn durch Seleucius ermahnen, nur ja nicht die Schattenseite des Vaters zu grell zu berühren, sondern den Fehler des Alten lieber von der Seite einer Gemüthskrankheit darzustellen, als ihn geradezu Verschwendung zu nennen. Minime solere patri objici luxuriam, sagt daselbst Seleucius, non magis, quam avaritiam, quam iracundiam. Non vitia patris accusari solere, sed morbum: et, si possit aliquid praeter dementiam objici patri, luxuriam non posse. Es darf auch der Sohn selbst kein Verschwender seyn. An, si ob hoc pater accusari potest, possit a tali filio? so läßt Seneca den Seleucius weiter sprechen. Hic vitiorum exprobratio. Si ebrietatem objicere solet

92) Lib. II. Controv. 14. (Oper. Tom. III. pag. 209. edit. Gronov.)



ebrius: si petulantiam, iniuriae damnatus: et iam, si, ob hoc accusari potest, etiam a tali filio<sup>93)</sup>? Es ist also, hier anzuwenden, was Labeo bey Ulpian<sup>94)</sup> gebeut, *in factum verbis temperandam esse actionem*, ne dolus malus ac nequitia patri facile obii- ciatur. Die Formel: *Quando tibi bona NEQUITIA; tua disperdis*, welche sonst bey der Prodigalitäts-Erklärung gebräuchlich war, würde also hier gar nicht passen. Doch hat Crell<sup>95)</sup> wohl Recht, wenn er sagt: *Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari*. Dieser traurigen Pflicht über- hebt aber das musterhafte allgemeine Preussische Landrecht<sup>96)</sup> den Sohn, wenn es verordnet:

„Kinder können ihren Eltern nur, wenn dieselben wegen Wahn, oder Blödsinnes; nicht aber, wenn sie wegen Verschwendung unter Vormundschaft genommen werden müssen, zu Vormündern bestellt werden.“

### §. 1390. k.

Was haben Tutel und Curatel mit einander gemein?

Im übrigen folgt die Curatel den Grundsätzen der Tutel<sup>97)</sup>, nämlich was die Pflichten bey Uebernehmung des Amtes, besonders der Satisfaktion<sup>98)</sup>, ferner bey der

93) Ich bin hier Gronovs Emendation gefolgt, weil die gemeine Lesart keinen richtigen Sinn gibt.

94) L. 11. §. 1. in fin. D. de dolo malo.

95) Cit. Diss. Obs. VII. pag. 30.

96) Vergl. den 2. Th. Tit. 18. §. 196.

97) S. VORZ Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

98) Princ. J. de satisfat. tutor. et curat. L. 1. Cod. de

Verwaltung desselben <sup>99)</sup> betrifft, auch wenn mehrere Curatoren zugleich bestellt worden sind <sup>100)</sup>, nicht minder bey der Veräußerung der Güter des Curanden <sup>1)</sup>, und eben so gelten auch hinsichtlich der Excusation von der Curatel, wenige Abweichungen ausgenommen <sup>2)</sup>, die schon oben vorgekommen sind, so wie der Absetzung der Curatoren ganz dieselben Grundsätze, die wir schon bey der Tutel kennen gelernt haben, wie auch die Rubriken der in den Institutionen, Pandecten und Codex davon handelnden Titel beweisen. Endlich ist auch in Ansehung der Bestätigung, zumal nach deutschen Rechten, kein Unterschied mehr zwischen Tutoren und Curatoren, indem jetzt alle

*tutores, vel curatores, qui satis non dedit.* (V. 42.) Bey einer ex inquisitione geschehenen Bestellung des Curators fällt sie jedoch weg. *L. 8. D. h. t.* Man sehe übrigens DONELLUS Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 20. §. 7. (Vol. II. pag. 243.) und den 30. Th. des Commentars §. 1329. a. S. 161. ff.

99) *L. 4. §. 24. et 25. D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) *L. 22. C. de pact.* S. DONELLUS Commentar. c. l. Cap. 21. pag. 244. sqq. und den 30. Th. Lib. XXVI. Tit. 7. S. 148. ff.

100) *L. 3. pr. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* *L. 7. §. 3. D. h. t.*

1) *L. 8. §. 1. L. 11. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* *L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. L. 17. D. h. t.* *L. 2. C. de curat. furiosi vel prodigi.* S. Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 9. et 10. pag. 764—767. und den 32. Th. des Commentars. Lib. XXVII. Tit. 9. S. 444. ff.

2) §. 18. et §. 19. *J. de Excusat.* *L. 1. C. Quando tutores vel curat. esse destn.* (V. 60.) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 20. §. 3. et 4.

Vormünder, ohne Unterschied, von der Obrigkeit bestätigt werden müssen <sup>3)</sup>).

§. 1390. l.

Erklärung der L. 7. §. 1. 2. et 3. D. h. t.

Einige hierher gehörige Stellen dieses Titels verdienen jedoch noch eine nähere Betrachtung. Merkwürdig ist

1) L. 7. §. 1. D. h. t. JULIANUS libro XXI. Digestorum. Curator dementi datus, decreto interposito, ut satisfacere, non cavit, et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur: *si non curator vendiderit*, replicatio dari debet: *aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit*. Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, *triplicatio doli*, tutos possessores praestabit.

Julian handelt hier von den Folgen einer nicht geleisteten Satisfaction (rem salvam fore) hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß. Der dem Blödsinnigen gegebene Curator hatte nämlich die ihm durch ein Decret auferlegte Caution nicht geleistet, dennoch aber Sachen von dem Vermögen seines Curanden verkauft, und zwar *legitimo modo*, d. h. mit Beobachtung der gesetzlichen Form. Der griechische Scholiast <sup>4)</sup> erklärt es μετὰ δεκρέτου. Die Veräußerung war aber demungeachtet ungültig, weil sie von einem Curator geschehen war, der keine Satisfaction geleistet hatte. Denn ohne diese Caution ist kein Vormund

3) C. den 29. Eb. §. 1312. C. 305. ff.

4) Basilic. Tom. V. pag. 169. Schol. g.

zu einer Veräußerung berechtigt<sup>5)</sup>. Er kann gar nicht als legitimus administrator betrachtet werden, seine Handlungen sind daher ipso iure nichtig<sup>6)</sup>. Die Erben des Blödsinnigen konnten also mit Recht die veräußerten Sachen vindiciren. Setzen ihnen die Besitzer derselben die Einrede entgegen, der Curator habe ihnen die Sachen auf gesetzmäßige Art verkauft; (*si non curator legitimo modo eas res vendidit*) so können sie repliciren, der Curator habe nicht dem Decret gemäß Caution geleistet, die Veräußerung sey daher nichtig; (*aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit*<sup>7)</sup>. Hätte jedoch der Curator mit

5) *L. ult. C. de tutore vel curat. qui satis non ded.* (V. 42.)

6) *L. 4. C. In quib. causis in integr. restitut. necess. non est.* (II. 41.)

7) *Jac. Cujacius Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. L. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 148.)* behauptet, es müsse: *at si non satisfactione interposita secundum decretum vendiderit*, gelesen werden. So hat auch der griechische Scholiast loc. cit. pag. 169. die Replik gefaßt: *ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἰκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν ὁ πεπρακὼς σοι τὸ πρᾶγμα: i. e. At si non satisdedit secundum decretum is, qui vendidit tibi rem.* Nochmals heißt es Sch. I. pag. 170. *ἀλλ' εἰ μὴ ἰκανὰ οὐκ ἔδωκεν: i. e. At si non satisdedit.* Non liest auch die Glosse, und eben so mehrere Ausgaben, als die des Robert Stephanus, und Bauhoga Gestius. In der Ausgabe des Merlinus ist das *non* eingeklammert. Die affirmative Fassung der Replik mit der einleitenden Formel *aut si*, so wie sie in der florentinischen und den meisten andern Ausgaben ausgedrückt ist, vertheidigt jedoch *Aug. Guil. HEFFTER ad Gaii Institution. Commentar. IV. s. de Actionibus. §. 126. p. XLIX. sq.*

dem von den Käufern der Sachen erhaltenen Gelde die Gläubiger des Blödsinnigen befriediget; so sind die Besitzer derselben geborgen. Denn nun steht den Erben die *triplicatio* oder eigentlich die *duplicatio doli mali* \*) entgegen, weil der Blödsinnige dadurch von seinen Schulden befreyt worden ist. *Si non pretio ex venditione redacto, quod curator numeratum, aes alienum furiosi exsolutum est* 9).

2) *L. 7. §. 2. h. t. Cum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret* 10), Proconsul 11) removerit a bonis, aliumque loco eius

Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 3. B. (od. Desselben Röm. Civilproceß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian. Heidelberg. 1829) §. 93.

8) §. 1. *J. de Replicationib.* (IV. 14.) *L. 2. §. 3. D. de Exception.* (XLIV. 1.)

9) Der griechische Scholiast sagt a. a. D. Sch. g. pag. 169. *ἐὰν δὲ λαβὼν τὸ τίμημα οὗτος ὁ κούρατωρ, δανεισταῖς τοῦ μαινομένου κατέβαλεν αὐτὸ, τριπλακτίανα ἀπὸ δόλου δίδεται τῷ ἀγοραστῇ καὶ ἀσφαλίζεται αὐτὸν νεμόμενον τὸ πεπραμένον αὐτῷ πράγμα: i. e. Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli dabitur emtori, quae possessorem tuebitur.*

10) *Administraret* ist die florentinische Lesart. Viele Ausgaben aber, z. B. die des Haloanders, Miräus, Hugo a Porta, Merlinus, Baudoza Cestius u. a. lesen *administrarat*, und diese Lesart entspricht auch der Uebersetzung des griechischen Scholiasten, wie sich nachher ergeben wird, besser. Uebrigens sind die Worte: *quia satis non dederat*: — *administrarat* bey Haloander, Baudoza und Merlinus in einer Parenthese eingeschlossen.

11) Haloander und Baudoza haben, *ideo* Proconsul.

substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedit<sup>12)</sup> egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur, heredibus replicatio danda erit: *aut si is, qui egit, satisdederat*<sup>13)</sup>. Sed an replicatio<sup>14)</sup> curatori profutura esset<sup>15)</sup>, iudex aestimabit. Nam si curator sequens

12) Die Worte: *cum nec ipse satisdedit*, sind bey Haloander, Miräus, Baudoza, und Merlinus eine Parenthese.

13) So, wie die florentinische Ausgabe, lesen auch Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Koberger, De Tortis u. m. a. Allein Jac. Cujacius Comm. ad h. L. dem auch Ant. Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 507. beystimmt, glaubt, daß *non satisdederat* gelesen werden müsse. So lesen auch Rob. Stephanus und Baudoza. Bey Merlinus ist *non* eingeklammert. Davon nachher bey der Erklärung ein Mehreres.

14) Statt replicatio lesen mehrere Handschriften und Ausgaben, z. B. Bap. de Tortis, Ant. Koberger, Gail. Merlinus, Pet. ab Area Baudoza Cestius, u. a. *triplicatio*.

15) Haloänder, Miräus und andere lesen profutura sit. Rücksichtlich der Lesart *curatori profutura* stimmen aber alle Ausgaben überein. Jedoch halten viele diese Lesart für unrichtig. So will Jac. Cujacius Observat. Lib. XXV. Cap. 37. daß *curatori* mit *heredibus* vertauschen, und dieser Emendation giebt auch Pothier Pand. Justin. Tom II. h. t. Nr. X. Not. c. pag. 167. Beyfall. Hins gegen Ant. Faber Jurispr. Papin. Soient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 7. pag. 760. will entweder: *Sed an replicatio profutura esset*, mit Hinweglassung des Wortes *curatori*, oder *obfutura*, statt *profutura* lesen. Die leg-

pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi <sup>16)</sup> vertisset, *doli triplicatio* obstat.

Ueber diese Stelle haben wir, ausser Gujaž <sup>17)</sup>, einen trefflichen Commentar vom H. Prof. Keller in Zürich <sup>18)</sup> erhalten. Schon, um dieses zu bemerken, konnte ich dieses Fragment nicht übergehen. Wir haben von dieser Stelle auch in den Scholien der Basiliken zu diesem Titel \*) eine wörtliche griechische Uebersetzung, welche zur Beurtheilung der richtigen Lesart, und zur Erklärung dieses Fragments von Interesse ist. Sie lautet folgendermassen.

Μεμνηότος κουράτωρα και ως μη δεδωκότα τὰ ἱκανά, και ως κακῶς διοικοῦντα ἀπεκίνησεν ὁ ἀνθύπατος, και ἄλλον ἀπεκατέστησε κουράτωρα εἰς τόπον αὐτοῦ· και οὗτος ὁ δεύτερος κουράτωρ μη δεδωκῶς τὰ ἱκανά, ἐκίνησε κατα τοῦ ἀποκινηθέντος κουράτωρος τὴν νεγοτιόρουμ γεστοόρουμ· και μετὰ ταῦτα τελεύτησαντος τοῦ μεμνηότος, οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ ἐνήγον κατα τοῦ προκουράτωρος. ὁ δὲ ἐκέχρητο τῇ ρέϊ ἰουδικάταε, λέγων ως ἐκρίθη μεταξύ αὐτοῦ και τοῦ δευτέρου κουράτωρος τὸ πρᾶγμα· και

tere Emendation billiget auch, als die wahrscheinlichere und gelindere, *Bav. VOORDA Thes. controvers. Decad. XXVIII. §. 9.* Davon bey der Erklärung.

16) BAUDOZA in rem furiosi uel dementis.

17) Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad L. 7. §. 2. h. t. (*Opp. postum. a FABROTO editorum Tom. I. pag. 148. sq.*)

18) Ueber Eitis Contestation und Urtheil. (Zürch 1827. 8.) §. 42. S. 335—345.

\*) Tom. V. pag. 169. sq. Sch. k.

λέγει Ιουλιανὸς κατὰ τῆς ρεῖ ἰουδικάτης παραγραφῆν δίδοσθαι ρεπλικατίονα. ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγὼν σοι κουράτωρ οὐ δεδώκει τὰ ἱκανὰ, ἐξεταζέτω δὲ ὁ δικαστὴς μὴ ποτε φυλάττειν ὀφείλει ἀζημιον τὸν ἐναχθέντα κουράτωρα· ἐὰν γὰρ ὁ δευτερος κουράτωρ τὰ χρήματα ἀπῆτησε τὸν πρῶτον, ἀναλώσει δὲ περι τὴν οὐσίαν τοῦ μεμνηότος, δυνάται ἔχειν παραγραφῆν ἐναγόμενος παρὰ τῶν κληρονόμων τοῦ μεμνηότος.

*Dementis curatorem, qui satis non dederat, et male administrarat, Proconsul removit, et alium loco eius curatorem constituit: et hic secundus curator, cum nec ipse satisdedit, egit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque mortuo demente heredes eius egerunt adversus priorem curatorem, et is utitur rei iudicatae exceptione, dicens rem iudicatam fuisse inter se et posteriorem curatorem. JULIANUS ait adversus rei iudicatae exceptionem replicationem dari: AT SI CURATOR IS, QUI TECUM EGIT, NON SATISDEDIT. Iudex autem aestimabit, an indemnem servare debeat curatorem, unde petitur: nam si posterior curator pecuniam exactam a priore in rem furiosi verterit, exceptione se tueri potest is, unde petitur ab heredibus furiosi.*

hier ist von zwey Curatoren eines Wahnsinnigen nach einander die Rede, von denen keiner die gebührende Satisfaction geleistet hatte. Deswegen wurde der erste abgesetzt, welcher überdem schlecht verwaltet hatte <sup>19)</sup>.

19) Pr. J. de satisdat. tutor. et curator. (l. 24.) L. 6. §. 1. D. de tutel. L. 1. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.)



Der andere Curator, welcher in des ersten Stelle trat, hatte ebenfalls jene Cautionsleistung unterlassen, gleichwohl belangt er seinen Vorgänger wegen der Verwaltung mit der *actio negotiorum gestorum*, und dieser wurde auch zum Ersatz des Schadens verurtheilt. Nach dem Tode des Pflegbefohlenen erheben nun desselben Erben gegen den ersten Curator dieselbe Klage von neuem, welche der zweyte Curator schon gegen ihn angestellt hatte, und aus welcher er demselben war condemnirt worden. Deswegen setzte ihnen der Beklagte die *exceptio rei iudicatae*, gestützt auf das frühere Urtheil, entgegen. Diese Einrede, sagt Julian, können die Kläger mit der Replik entkräften, es habe der zweyte Curator die *Satisfactio rem salvam fore* nicht geleistet; ihm habe also gültig keine Zahlung geschehen können. Hier entsteht nun ein kritischer Zweifel über die Fassung der hier wörtlich angeführten *replicatio*. In der florentinischen, und in mehreren andern Ausgaben<sup>20)</sup> ist sie affirmativ gefaßt: *aut si is, qui egit, satisfecerat*. In andern aber negativ: *non satisfecerat*<sup>21)</sup>. Diese negative Fassung könnte vielleicht wohl die richtigere zu seyn scheinen<sup>22)</sup>, so wie sie auch in zwey Scholien der Basiliken<sup>23)</sup> ausgedruckt ist. In dem einem so: ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς διδώσασιν τῷ μὴ παρασχόντι τὰ ἰκανὰ: *at si non male dedit ei, qui non satisfecerat*. In dem andern folgendermassen: ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγὼν σοι κουράτωρ

20) G. Keller a. a. D. Note 3. S. 336.

21) G. die Note 13.

22) G. Keller a. a. D. Not. 9. S. 340.

23) Tom. V. FABROTI pag. 169. Sch. h. und pag. 170. Sch. k.

ὅς δὲ δέδωκε τὰ λεγόμενα. i. e. at si curator is, qui tecum egit, NON satisdedit. Wenn indessen die Replik mit der Partikel *aut*, so wie hier, eingeleitet wird, so ist sie insgemein affirmativ ausgedrückt, wie die Beispiele <sup>24)</sup> bey Brissonius <sup>25)</sup> beweisen. Ob sich der Beklagte nicht mit einer Duplik dagegen schätzen könne, ist eine zur Beurtheilung des Jurer gehörige factische Frage. Könnte nämlich der Beklagte darthun, daß er in Folge des frühern Urtheils bezahlt habe, und daß auch das Geld von dem zweiten Curator in das Vermögen des verstorbenen Pflēgbefohlenen verwendet worden sey, so würde jene Replik der Erben durch eine auf diese Thatsache gestützte *duplicatio doli* billig aufgehoben werden <sup>26)</sup>. Denn so kann mit Recht die Einwendung, welche der Beklagte gegen die Replik der Kläger haben soll, genannt werden <sup>27)</sup>. Und so läßt sich denn diese Stelle, ohne jene gewaltsame Emendationen eines Jacobus Cujacius, und Anton Fabers <sup>28)</sup>, ganz wohl erklären, welche obnehin die oben angeführte griechische Uebersetzung dieser Stelle in den Scholien der Basiliken verbietet. Wäre wirklich in dieser Stelle eine Corruption vorhanden, die eine Emendation erforderte, so möchte sie eher darin liegen, daß die Einrede des Beklagten gegen die Replik der Kläger zuerst *replicatio*, dann *triplicatio* genannt wird.

24) L. 48. D. de procurat. L. ult. §. 2. D. ad Sctum Vellejan. L. 154. D. de Regul. iuris.

25) De Formul. Lib. V. Cap. 80.

26) L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. except. (XLIV. 4.)

27) GAJUS Instit. Comm. IV. §. 127. §. 1. J. de Replication. (IV. 14.)

28) S. die Note 15.

Da, wie bereits oben <sup>29)</sup> bemerkt worden, sowohl mehrere Handschriften, als Ausgaben auch das erste Mal *triplicatio*, statt *replicatio*, lesen, so würde man, wenn man auf die Auctorität derselben hin, beyde Male *triplicatio* läse, wohl um so weniger irren, da nicht nur §. 1. unserer *L. 7. triplicatio* für *duplicatio* gebraucht worden, sondern auch Ulpian *libro LXXIV. ad Edictum* <sup>30)</sup> ausdrücklich sagt: *Sed et contra replicationem solet dari triplicatio*, wie die florentinische Ausgabe der Pandecten liest. Es kann auch, wie Everard Otto <sup>31)</sup> richtig bemerkt, die Duplik gar wohl *triplicatio* genannt werden, weil sie, seit Anstellung der Klage, das dritte Vorbringen (*tertia allegatio*) oder Vertheidigungsmittel der Partheyen in der Proceßführung ist, während die Duplik in Beziehung auf den Beklagten das zweyte Vertheidigungsmittel desselben ist. Ja Theod. Marcilius <sup>32)</sup> sagt: *Et nomen ipsum replicationis arguit non duplicationem ei, sed triplicationem opponendam esse. Replicatio enim nihil aliud est, quam rursus, sive secunda plicatio* <sup>33)</sup>. *Id autem est duplicatio. Peccant itaque, qui cum L. 2. §. 3. D. de except. Pandectae Pisanae recte triplicationis nomen haberent, tentarunt reponere nomen duplicationis, Ul-*

29) G. die Not. 14. und Keller a. a. D. Not. 4. G. 336.

30) *L. 2. §. 3. D. de Exception. (XLIV. 1.)*

31) *Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 585. edit. Trajectin. 1729.)*

32) *In Jan. a COSTA Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 591. (edit. van de WATER.)*

33) *Ev. OTTO c. l. sagt: Replicatio est quasi plicarum, quas reus contextuit, resolutio.*

PIANO invito. Ueberhaupt hätte es des Umschweifs mit der *exceptio rei iudicatae*, und der *replicatio satisfationis non praestitae* gar nicht bedurft. Der Prätor hätte die *exceptio doli*, ohne Weiteres, der *formulae iudicii* sogleich inseriren können. Der Beurtheilung des Jurer wäre alsdann zu überlassen gewesen, ob in der Wiederanstellung der Klage unter so bewandten Umständen ein Dolus liege. Hiermit hätte denn auch den Auslegern die Mühe erspart werden können, eine hier in den Weg tretende Schwierigkeit zu beseitigen, wie nämlich Julian dem Beklagten aus einem Urtheile, welches in der früheren Proceßführung mit dem zweyten Curator des Blödsinnigen gegen ihn war gesprochen worden, die *exceptio rei iudicatae* gegen die Erben des verstorbenen Pflegesohnen habe gestatten können, von denen er nachher aufs neue belangt worden, da noch zu Gajus Zeiten, welcher doch jünger, als Julian ist, Vormünder so wenig, als Procuratoren, die Sache in *iudicium* deducirten, so daß die Klage dadurch consumirt wurde, und dem dominus, oder dessen Erben, die *exceptio rei iudicatae* entgegenstand. Noch zur Zeit des Gajus deducirte bloß der Cognitor in *iudicium*, nicht aber der Procurator. Die *exceptio rei iudicatae* konnte also nur dann Statt finden, wenn die Klage das erste Mal vom Dominus selbst, oder von einem Cognitor in seinem Namen war angestellt worden. Tutoren und Curatoren aber standen in dieser Beziehung den Procuratoren gleich. Sie mußten daher, wie die Procuratoren, der Gegenparthey Satisfation dafür leisten, daß der Dominus die Proceßführung des Stellvertreters eben so anerkennen werde, als wenn er selbst den Proceß geführt hätte; Er aber in Ermangelung erfolglicher Rehabiliton dem Beklagten allen

dadurch erlittenen Schaden ersetzen werde. Dieß ist die Satisfatio, ratam rem dominum habiturum. Nur der Cognitor war von dieser Caution frey, weil hier der Beklagte von einer nochmaligen Klage des Dominus nichts zu befürchten hatte. Denn der Dominus bestellte den Cognitor selbst in Gegenwart der andern Parthey vor Gericht durch mündlich ausgesprochene feyerliche Worte als seinen Stellvertreter. Er war also an seine Handlungen gebunden, und mußte sie ratificabiren. Denn durch die feyerliche Art der Bestellung des Cognitors hatte sich der Dominus, wie durch einen förmlichen Vertrag, dem Gegner verpflichtet, die Handlungen seines Cognitors, als seine eigene, gelten zu lassen. Er war also nicht durch eine fremde, sondern durch seine eigene Handlung obligirt, und die Litiscontestation, so wie die ganze Proceßführung des Cognitors war nur die Veranlassung, daß diese Verbindlichkeit wirksam wurde<sup>34)</sup>. Alles dieses lehrt uns Gajus in seinen Institutionen *Comment. IV.* §§. 96—99. wo es folgendermaßen lautet:

*Ipse autem, qui in rem agit<sup>35)</sup>, si suo nomine agit, satis non dat. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfatio vel ab ipso, vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. Procu-*

34) Man vergl. die treffliche Abhandlung von Bethmanns-Hollweg über Repräsentation im Proceß, in Desselben Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilproceßes. (Berlin und Stettin 1827. 8.) Nr. III. besonders S. 165—194.

35) Daß dasselbe auch bey der actio in personam galt, sagt Gajus nachher selbst *Comm. IV.* §. 100.

rator vero si agat, *satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum*, periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur: quod periculum non intervenit, si *per cognitorem* actum fuit, *quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.* TUTORES et CURATORES eo modo, quo et PROCURATORES, *satisdare debere, verba Edicti*<sup>36)</sup> *faciunt: sed aliquando illis satisfactio remittitur.*

Erst nach den Zeiten des Gajus ward durch das neuere Recht eingeführt, daß dasjenige, was ursprünglich bloß von Cognitoren galt, in der Folge auch bey Procuratoren, vorausgesetzt, daß ihnen wirklich Auftrag ertheilt worden, (*veri procuratores*) so wie bey Tutoren und Curatoren Statt finden sollte. Diese deduciren nun so gut, als die Cognitoren, die Sache in iudicium, so daß der Dominus die Proceßführung dieser Repräsentanten eben so gelten lassen muß, wie früher die Handlungen des förmlich bestellten Cognitors, dessen Andenken von den Verfassern der Pandecten aus den Fragmenten derselben ausgefüllt, und der *verus procurator* substituirt worden ist<sup>37)</sup>. Es war nun auch nicht mehr

36) Die Worte dieses prätorischen Edicts hat Ulpian L. 33. §. 3. *D. de procurat.* S. auch Bethmann-Hollweg S. 180. Not. 69.

37) Beispiele finden sich in L. 1. §. 3. L. 2. pr. L. 8. §. 3. L. 15. pr. L. 28. L. 29. L. 30. L. 31. pr. L. 43. §. 1. L. 61. *D. de procurator.* L. 6. §. 3. *D. Quod cuiusq. universit. nomine* L. 4. pr. et §. 1. et 2. *D. de re iudic.* (XLIII. 1.) L. 86. *D. de solut.* (XLVI. 3.) L. 9. *D. de doli mali et met. except.* L. 10. *D. Judicat. solvi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 41. S. 325. ff.

nöthig, sie mit einer Caution weiter zu bekläftigen, es mußte nur der Procurator durch den Beweis seines Mandats, so wie der Vormund durch den Beweis seiner Bestellung, sich gehörig legitimiren können. Der nochmaligen Klage stand jetzt die *exceptio rei in iudicium deductae*, oder *rei iudicatae* für immer entgegen, weil nun der Dominus, mithin auch der Pflegbefohlene, an die Litiscontestation und *res iudicata* gebunden ist<sup>38</sup>). Der Beklagte konnte nun nicht bloß excipiren: *at si ea res iudicata non sit inter me et te*, sondern auch so: *at si ea res iudicata non sit inter me et procuratorem, seu tutorem, seu curatorem tuum*<sup>39</sup>). Dieses neuere Recht bestätigen besonders die Fragmente aus den Schriften des Ulpianus und Paulus, von denen folgende vorzüglich merkwürdig sind.

L. 11. §. 7. *D. de except. rei iudicat.* (XLIV. 2.)  
 ULPIANUS *Libro LXXV. ad Edictum.* Hoc iure utimur; ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt. Inter hos etiam procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosae vel pupilli, actor municipium. Ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

L. 56. *D. de iudiciis* (V. 1.) ULPIANUS *libro XXX. ad Sabinum.* Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si

38) G. Bethmann, Hollweg's angef. Versuche. S. 184. ff. und S. 193.

39) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. *D. de except. rei iudic.* G. Bethmann-Hollweg S. 189.

quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, *videtur retro res in iudicium recte deducta.*

*L. 27. pr. D. de procurat. (III. 3.) ULPIAN. libro IX. ad Edictum.* Sed haec ita, si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, *cum neque in iudicium quidquam deduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant.*

*L. 17. §. 2. D. de iureiur. (XII. 2.) PAULUS libro XXIII. ad Edictum.* Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet, nam et alienare res, et solvi eis potest, *et agendo rem in iudicium deducunt.*

*L. 23. D. de admin. et peric. tutor. et curat. ULPIANUS libro IX. ad Edictum.* Vulgo observatur, *ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit.* Quid tamen si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? *Aequum est adversarium non decipi.* Idem et in curatore est.

Es war also nun bey Ulpian und Paulus zur Regel geworden, was Gajus in der oben angeführten Stelle (IV. §. 99.) auch selbst bey Tutoren und Curatoren, nur als selten eintretende Begünstigung erwähnt, (aliquando illis satisfatio remittitur.)

Soll man also, um nun zu unsern Julian wieder zurückzukehren, vielleicht annehmen, daß jene Stelle aus dem spätern Rechte wesentlich interpolirt seyn könnte?



Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden, obwohl nicht zu läugnen ist, daß in den Pandecten allerdings Stellen vorkommen, die theils aus Julian's Digesten <sup>40)</sup> selbst sind, theils wo sich auf Julian's Digesten berufen wird, um die Meinung zu bestärken, daß wenn auch nur ein *verus procurator* für den *Dominus* vor Gericht gehandelt hätte, derselbe dennoch, wenn er auf neue Klagen wollte, eben so mit der *exceptione rei iudicatae* zurückgewiesen werden könne, als wenn er *ipse praesens causam suam egisset* <sup>41)</sup>. Eine solche Berufung auf Julian macht es doch gewiß höchst wahrscheinlich, daß die Stelle zu den interpolirten gehört <sup>42)</sup>. Allein da ist doch nur ein *verus procurator* dem *Cognitor* substituirt. In unserer Stelle hätte aber ein *Curator* für den *Pflegbefohlenen* gehandelt, der nicht einmal die ihm noch dazu auferlegte *Satisfactio*, *rem furiosis salvam fore*, geleistet hatte, und doch wird dem Beklagten gegen die neue Klage die *exceptio rei iudicatae* gestattet. Vielleicht hatte also wohl Julian eine ihm eigenthümliche Ansicht, und in dieser Lehre eine ganz verschiedene Theorie aufgestellt? Dieß ist jedoch eben so wenig zu glauben. Sollte denn aber auch unser Fragment, wie die *Inscription* nach der *Florentine* angiebt, wirklich vom Julian herrühren? Ein kritischer Zweifel möchte allerdings daher entstehen, daß *Halvoander* und mehrere alte Ausgaben nicht den Julian, sondern den *Cajus*, als ursprünglichen Verfasser unsers Fragments nennen, wie

40) L. 22. §. 8 D. *Ratam rem haberi*. S. Keller über *Litiscontestatio*. §. 42. S. 346.

41) J. B. L. 40. §. 2. D. *de procurat.*

42) S. Bethmann-Hollweg's *Versuche* S. 192. Not. 95.

auch Baudouin bey diesem Gesetz bemerkt hat. Dieser Zweifel erhält dadurch noch mehr Gewicht, daß auch die *L. 22. D. Ratam rem haberi*, welche ebenfalls JULIANUS libro *LVI. Digestorum* inscribirt ist, und §. 8. gerade denselben Satz des neuern Rechts ausspricht, daß die Proceßführung durch einen verus procurator die Klage dergestalt consumire, daß dem Dominus die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden könne<sup>43)</sup>, in der Reichsgerischen Handschrift, nicht dem Julian, sondern viel mehr dem Ulpian zugeschrieben wird, wie auch in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt worden ist. Allein bey dem allen ist doch wohl mit Gewißheit zu behaupten, daß Julian der wahre Verfasser unsers Fragments sey. Denn dafür erkennt ihn die Inscription in den florentinischen Pandecten. Dafür erkennen ihn auch die Basiliken<sup>44)</sup>. Sodann aber gehören ja Julians Digesten zur Sabinianischen Fragmenten-Masse dieses Titels<sup>45)</sup>, welche von L. 1—9. sich erstreckt<sup>46)</sup>, dahingegen die Schriften des Gajus theils zur Edictis

43) Es heißt nämlich *L. 22. §. 8. D. Rat. rem haberi. Stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.*

44) Tom. V. pag. 162. in fin.

45) S. Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, in von Savigny Zeitschrift Bd. IV. Nr. VI. 1. Tab. S. 266. und S. 453.

46) S. Bluhme angef. Schrift 2. Tabelle. S. 461. a. C.

theils Papinianischen Urtheilung gehören <sup>47)</sup>, unter denen außerdem gar keine Digesten befindlich sind. Denn richtigsten Aufschluß über diese schwierige Stelle giebt uns wohl Keller in der oben angeführten klassischen Schrift <sup>48)</sup>, daß nämlich Julian nur für einen einzelnen Fall dem von einem Tutor Belangten gegen den dominus, und jetzt dessen Erben, die *exceptio rei iudicatae* gestattet habe, und zwar so, daß sie gar nicht unbedingt, sondern nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß das Resultat des frühern Urtheils dem Pflägebefohlenen factisch zu gute gekommen sey, wirksam seyn solle <sup>49)</sup>. Die L. 22. aber

47) S. Blühme Ordnung der Fragmente in den Pandecten. Tabelle I. S. 266.

48) Ueber *Litiscontestatio* und Urtheil. S. 342.

49) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 170. Sch. m. findet jedoch noch einen Abstand darin, daß hier die *exceptio rei iudicatae* gegen die Parthey gestattet werde, welche in dem früheren Proceß abgeseigt hat. Dieß streite gegen die L. 16. *D. de except. rei iudicatae*, wo derselbe Julian *libro LI. Digestorum* sagt: *Evidenter iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est.* Allein dieser Ausspruch Julians findet hier keine Anwendung. Denn im Falle der L. 7. hatte der Beklagte demjenigen, von welchem er zuerst war belangt worden, die Schuld bezahlt. Allein die L. 16. spricht von einem solchen Falle, wo bey einer Reivindication gegen den Kläger erkannt worden, daß ihm die in Anspruch genommene Sache nicht gehöre. Hier kommt ihm die *exceptio rei iudicatae* nicht zu statten, wenn er etwa nachher den Besitz der Sache durch Zufall wieder erlangt haben sollte, und deswegen aufs neue belangt wird. S. Jac. Cujacii Comment. ad Lib. LI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I.*

gehört ohne Zweifel zu den Fragmenten, in denen von den Compilatoren der *Cognitor* gestrichen, und an seinen Platz der *verus procurator* substituirt worden ist.

3) *L. 7. §. 3. D. h. t.* Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur, vel an unus rem furiosi alienare possit? Respondi, recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi *legitime*<sup>19)</sup> mercaretur, usucapturum: quia solutio, venditio, traditio, facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet.

Noch erörtert Julian die Frage, ob in dem Falle, da zwey oder mehrere Curatoren einem furiosus gegeben sind, Einem von denselben allein eine Schuld dergestalt bezahlt werden könne, daß dadurch der Schuldner befreyt werde, und ob Einer von den Curatoren allein eine Sache des Pflegbefohlenen dergestalt verkaufen könne, daß wenn die Veräußerung auf eine gesetzmäßige Art, d. h. decreto

pag. 369.) und *Ant. SCHULTING* Notae ad Dig. s. Pand. a celeberr. *SMALLENBURG* edit. et animadvers. suis locupletat. Tom. VI. (*Lugd. Bat.* 1828. 8.) ad h. L. pag. 629.

50) Da Julian lang vor der Dration des Kaisers *Septimius Severus* de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, *sine decreto* non alienandis lebte; so hält *POTHIER* Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XIV. Not. c. pag. 168. das Wort *legitime* hier nicht ohne Grund für interpolirt.

interposito, geschieht, der Käufer dadurch in den Stand der Usucapion versetzt werde<sup>51)</sup>? Julian entscheidet beyde Fragen bejahend. Sein Grund ist, weil Zahlung, Verkauf und Uebergabe mehr etwas Factisches, als Rechtliches sind, d. h. weil diese Handlungen keine solennitatem iuris erfordern. Denn actus legitimi erfordern die Einstimmung aller Curatoren, wie Cujacius<sup>52)</sup> und Pothier<sup>53)</sup> diese Stelle erklärt haben. Der griechische Scholiast in den Basiliken<sup>54)</sup> hat jedoch hierbey ganz richtig bemerkt, daß dieses nur von einer ungetheilten Vormundschaft zu verstehen sey. Hier wird das Stillschweigen der übrigen, welche nicht widersprochen haben, für Beystimmung erklärt. Hätte hingegen auch nur Einer widersprochen, so wäre die ganze Handlung nichtig. Das Stillschweigen der Andern setzt jedoch nothwendig ein Mitwissen der Handlung voraus. Quomodo

51) G. Jac. CUJACII Comment. in Libr. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. §. 3. L. 7. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 149.) und Ant. FABER Jurisprud. Papi- nian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Plat. 2. pag. 760. sqq.

52) Cit. loc.

53) Cit. loc. not. d.

54) Tom. V. pag. 170. Sch. n. Εἶγε μία ἦν ὑπὸ πάντων χειριζομένη διοίκησις. εἰ γὰρ ἐμεμέριστο, οὐκ ἠδύ- νατο ὁ ἐκ τῆς δε τῆς ἐπαρχίας τῶ ἐν ἑτέρα ἐπαρχία κηδεμονεύοντι καταβαλλεῖν i. e. Si una erat omnium administratio. Nam si divisa fuit, non potuit, qui erat ex hac provincia, in altera administranti solvere. G. auch den 30. Th. §. 1336. G. 358.

55) G. FABER o. l. pag. 761. in fin. und den 4. B. des Com- mentars §. 280.

enim tacite consensisse videri potest is, qui ignoravit<sup>55)</sup>? Es konnte aber auch der Prätor von den mehreren Curatoren des furiosus Einem allein die Verwaltung übertragen, wo dann desselben Handlungen, wofern sie nur pflichtgemäß, wenn gleich ohne Concurrenz der übrigen, vorgenommen worden, als gültig anerkannt werden müssen, wie Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum*<sup>56)</sup> aus Pomponius' Commentar referirt, wo er sagt:

Si plures curatores dati sunt, POMPONIUS *libro sexagesimo octavo ad Edictum* scripsit, *ratum haberi debere etiam, quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediuntur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.*

Daß auch bey der cura honorum, wenn mehrere Curatoren bestellt worden sind, einer für alle handeln kann, wenn ihnen die cura ungetheilt übertragen worden ist, lehrt ebenfalls Ulpian nach Celsus *libro LXV. ad Edictum*<sup>57)</sup>. Er sagt daselbst:

Si plures autem constituuntur curatores, CELSUS ait, *in solidum eos et agere et conveniri, non pro portionibus. Quod si per regiones fuerint constituti curatores, unus forte rei Italicae, alius*

56) L. 3. pr. D. de administr. et peric. tut. et curator. G. DANELLUS Comm. Lib. III. Cap. 21. §. 5. und Jac. GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de denuntiatione. Tom. I. Cod. Theod. pag. 112. edit. Ritter.

57) L. 2. §. 2. D. de curatore bonis dando. (XLII. 2.)

in provincia, puto regiones eos suas conservare debere.

§. 1391.

Verschiedene Eintheilungen der Curatel.

Aus dem, was bisher ausgeführt worden, ergeben sich nun die hier vom Hellfeld angegebenen Eintheilungen der Curatel von selbst. Die Curatel kann nämlich 1) in Ansehung des Gegenstandes, entweder zugleich mit einer Vorsorge für die Person des Curanden verbunden seyn, oder sie berücksichtigt bloß das Vermögen, und ist zur Geschäftsführung bestellt. In jenem Falle pflegt sie eine *cura personarum*, oder *personalis*, oder, wie Hellfeld sagt, *cura mixta* genennt zu werden. Das Wort *persona* wird aber hier freylich nicht in der Bedeutung von bürgerlicher Persönlichkeit genommen, für deren Erhaltung der Tutor zu sorgen hat, und deren Ergänzung in den bürgerlichen Geschäften des Mündels durch auctoritatis interpositio den Tutor wesentlich vom Curator unterscheidet; sondern es bezeichnet hier die physische Persönlichkeit des Pflegbefohlenen, in welcher Bedeutung das Wort *persona* als gleichbedeutend mit *corpus* gebraucht wird, so wie das Wort *caput* im engerm Sinne die bürgerliche Persönlichkeit oder rechtsfähige Subjectivität bezeichnet<sup>58)</sup>. Diese *cura personalis* hat es also nicht bloß mit der Verwaltung des Vermögens des Pfleg-

58) L. 3. §. 1. D. de tutelis. G. ZORPFL Vergleichung der römischen Tutel und cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. (Bamberg. 1828. 8.) §. 2. und 4.

befehlen, sonderu auch mit der Sorge für den Schutz der physischen Person desselben, und sein leibliches Wohl zu thun. Unser Pandecten-Titel giebt die cura furiosi als Beyspiel an. Von dieser sagt Julian *libro XXI. Digestorum* 59):

Consilio et opera curatoris tueri 60) debet non solum patrimonium, *sed et corpus ac salus furiosi.*

Die Cura hingegen, die sich bloß auf das Vermögen und die Besorgung der Geschäfte einer Person bezieht, welche denselben selbst vorzustehen sich ausser Stande befindet, wird *cura bonorum* überhaupt, oder eigentlich *cura realis* 61) genannt.

59) L. 7. pr. D. h. t.

60) Daß das Deponens *tueri* hier als ein Passivum gebraucht worden, wie Ger. NooDr. Comm. ad Dig. h. t. §. ult. bemerkt hat, ist in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches. So hat dieses Wort nicht nur Julian L. 30. D. de liberali caus. (XL. 12.) sondern auch Ulpian L. 5. §. 7. D. de legat. praest. (XXXVII. 5.) und Papinian L. 17. D. de iniusto, raptō et irr. testam. (XXVIII. 3.) gebraucht. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Tueri* vertheidiget diese Irregularität sogar aus Stellen der Röm. Classiker. Man vergleiche noch Gilb. RAGIUS *Εναρτιοφανων* iuris. civ. Lib. II. Cap. 20. pag. 84. (Hanoviae 1598. 8.) Ge. CASP. KIRCHMAIER *Opuscula de Latinitate Digestor. et Institution. Justinian. Nr. III. pag. 152.* (edit. Ge. SAM. MADIHN Halae 1772. 8.) und Car. ANDR. DUKER *Opuscula var. de Latinitate Ictorum vett. (Lugd. Batav. 1711. 8.) pag 328. 333. 349. et 381.*

61) G. von WENING-JUGENHEIM *Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 404.*



2) In Ansehung des Entstehungsgrundes kann sie entweder eine freiwillige oder nothwendige seyn, je nachdem sie auf Verlangen des Curanden, oder gegen dessen Willen bestellt wird.

## §. 1392.

## Cura furiosorum et prodigorum.

Unter einer nothwendigen Curatel stehen Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender. Da von der Cura über Beide, sowohl insofern sie eine legitima als dativa ist, schon oben §. 1390. d. e. f. und g. S. 178. ff. insonderheit auch von der Frage, welche Helffeld hier erst zur Sprache bringt, nämlich ob der Sohn Curator seines für einen Verschwender erklärten Vaters seyn könne? §. 1390. h. S. 199. ff. und §. 1390. i. S. 210. ff. ausführlich gehandelt worden ist; so bleibt hier nur Weniges noch zu bemerken übrig <sup>62)</sup>.

Soviel I. die Cura der Geisteskranken betrifft, so nennen zwar die Gesetze der XII Tafeln nur die furiosi, wenn sie den Aignaten und Gentilen diese Curatel übertragen. Da aber die furiosi in den Gesetzen <sup>63)</sup> von denjenigen genau unterschieden werden, welche dementes und mente capti sind, so entsteht die Frage, warum

62) Man vergleiche Guntz. Heinr. von Berg über die mit der Vormundschaft über Gemüthsranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. (Hannover 1806. 8.) Nr. XIX. S. 219. ff. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818. 8.) §. 300. u. 301. S. 551. ff.

63) §. 3. et 4. *J. de Curat. L. 2. D. de inoff. testam. L. 27. §. 5. D. de recept. L. 8. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 6. D. h. t. L. 25. C. de nupt. L. 28.*

nicht auch über diese den Agnaten die cura übertragen worden ist, sondern solchen Geisteskranken, wie Justinian <sup>64)</sup> sagt, ein Curator von der Obrigkeit gegeben werden soll? Glaubt man freylich, daß in den römischen Gesetzen unter dem Ausdruck *furiosus* schlechterdings nur ein solcher verstanden werde, der bey gänzlicher Verstandesverwirrung, in Reden und Handlungen eine übermäßige Heftigkeit zeigt; der Ausdruck *demens* aber einen solchen bezeichne, welcher bey seiner Vernunftlosigkeit sich ruhig verhält <sup>65)</sup>; so ist freylich schwer zu erklären, warum nur gerade die Rasenden, und nicht auch die Wahnsinnigen unter der Curatel der Agnaten stehen sollten? Allein haben denn auch die Gesetze der XII Tafeln die *furiosi* und *dementes* oder *mentis capti* wirklich ebenso unterschieden? Nach der Erklärung, die uns Cicero <sup>66)</sup> vom *furor* in Beziehung auf die zwölf Tafeln giebt, hat Ulrich Huber <sup>67)</sup> wohl Recht, wenn er dieses verneinet. Cicero <sup>68)</sup> sagt nämlich:

Nomen *insaniae* significat mentis aegrotationem et morbum, id est, insanitatem et aegrotum

§. 1. *C. de admin. tut.* C. den 2. Th. des Commentars §. 117. b. C. 129. ff.

64) §. 4. *J. h. t.*

65) S. Günth. Heinr. von Berg von lichten Augenblicken bey Geisteskranken, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. Nr. XXII. S. 243—258. besonders §. 7, u. 8.

66) *Tusculanar. Disputation.* Lib. III. Cap. 4. nr. 8. et 9. und Cap. 5.

67) *Digression.* Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 18. §. 2. et 3. pag. 226. sp. und Eiusd. *Praelection.* ad Institution. h. t. §. 7.

68) *cit. loc.* Lib. III. cap. 4. nr. 8. t. 9.

animum, quam appellarunt *insaniam*. Omnes autem perturbationes animi morbos Philosophi appellant: negantque stultum quemquam his morbis vacare. — *Sanitatem enim animorum* positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant: his rebus mentem vacuum appellarunt *insaniam*, propterea quod in perturbato animo, sicut in corpore, *sanitas* esse non possit <sup>69)</sup>. — Nec minus illud acute, quod animi adfectionem, lumine mentis carentem, nominaverant *amentiam*, eandemque *dementiam*. — Graeci autem *μανίαν* unde appellant, non facile dixerim: eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam illi. Hanc enim *insaniam*, quae iuncta stultitiae patet latius, a *furore* disiungimus, Graeci volunt illi quidem: sed parum valent verbo: quem nos *furorem*, *μελαγχολίαν* illi vocant. Quasi vero atra bili solum mens, ac non saepe vel iracundia graviore, vel timore, vel dolore moveatur: quo genere *Athamantem*, *Alcmaeonem*, *Ajacem*, *Orestem* furere dicimus. Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant *duodecim tabulae*. Itaque non est scriptum, SI INSANUS, sed, SI FURIOSUS ESCIT <sup>70)</sup>, *Insaniam* enim censuerunt, constantia, id est, sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum, et vitae communem cultum atque usitatum: *furorem* autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videatur, quam *insania*; tamen eiusmodi est, ut *furor* in sapientem cadere possit, non possit *insania*.

69) *Lib. III. cap. 5.*

70) Nach der Lesart des Drelli Opp. Ciceron. Tom. IV. p. 296.

Ausführliche Erläuterung  
der  
**P a n d e c t e n**  
nach  
H e l l f e l d  
e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte  
an der Friedrichs Alexanders Universität in Erlangen,  
Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

---

Drey und dreyßigsten Theils zweyte Abtheilung.

---

E r l a n g e n  
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 3 0.

1890

...

...

...

...

...

...

...

---

Fortsetzung des Titels

**De curatoribus furioso et aliis extraminores dandis.**

---

§. 1392. a.

Fortsetzung. Dilacida intervalla. Hört die cura während derselben auf? L. 6. C. h. e.

Aus der angeführten Stelle des Cicero erhellet nun klar, daß die Alten, deren Begriffe in den Gesetzen der XII Tafeln ohne Zweifel zum Grunde gelegt sind, unter *furor* nicht gerade das, was wir Wuth oder Raseren nennen, verstanden haben, sondern eine gänzliche Zerrüttung und Blindheit des Geistes; und diejenigen *furiosi* genannt haben, welche gar keinen Gebrauch der Vernunft haben, ihre Handlungen mögen nun entweder mit einer Heftigkeit der äußern Bewegungen verbunden seyn, welche unsere Aerzte Tobsticht, Raseren, Manie nennen <sup>71)</sup>, oder nicht. Können wir also hierin dem Cicero trauen, der doch wohl noch zu seinen Zeiten gewußt haben mag, Wen die Gesetze der XII Tafeln einen *furiosus* genennt haben; so begriff das Wort *furor* sowohl den Wahnsinn im eigentlichen und

71) S. Adolph Denke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. S. 268.

strengern Verstande, den die heutigen Aerzte *delirium* nennen <sup>72)</sup>, als die Raserey in sich. Vom *furor*, in diesem Sinne genommen, unterschieden nun die Alten *insania* in dem Verstande, daß sie sich darunter denjenigen krankhaften Zustand des Geistes dachten, wobey es zwar nicht an allem Vernunftgebrauche mangelt, sondern der Geisteskranke dasjenige, was bloß zu den äußern Pflichten, und gewöhnlichen Geschäften des gemeinen Lebens gehört, noch zur Noth verrichten kann, wie Cicero sagt, sich aber doch in seinen Handlungen eine Schwäche und Unvollkommenheit der Seelenkräfte äußert, welche von einem Mangel richtiger Vorstellungen, Mangel am Gedächtniß und Urtheilskraft zeugt <sup>73)</sup>. Dieser Gemüthszustand, da man seines Verstandes zwar nicht ganz beraubt, aber doch auch desselben nicht ganz mächtig ist, wird von unsern heutigen Aerzten *Blödsinn* genennt <sup>74)</sup>. Cicero nennt ihn auch *dementia*, oder *insania, quae iuncta est stultitiae*, unsere Aerzte *fatuitas, mentis imbecillitas*. Von dieser sagt nun Cicero ganz richtig, sie sey bey cinem Sapiens nicht denkbar, wohl aber könne auch ein Weiser in einen *furor* verfallen. Da also die *insania*, welche vom *furor* genau unterschieden

72) S. Joh. Dan. Meßger System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 409.

73) Die Begriffe von *furor* und *insania* hat aus Cicero auch NONIUS MARCELLUS de proprietate verborum pag. 469. (edit. Hadriani Junii Medici. Antverpiae 1565. 8.) angenommen. Man vergleiche noch Jac. RAYVARDI Conjectaneor. Lib II. Cap. 18.

74) S. Meßger a. a. D. §. 409. und Ge. Heinr. MASIVS System, der gerichtlichen Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 296.

wird, zwischen diesem und der sana mens gleichsam die Mitte hält, und also nicht allen Vernunftgebrauch ausschließt; so kam es bey diesen eben so, wie bey Tauben, Stummen und mit einer körperlichen Krankheit und Gebrechlichkeit behafteten Personen, darauf an, wie weit sie selbst eines Curators benöthiget waren, und darum anhielten. So erklärt sich denn, warum bloß die *furiosi* in der legitima agnatorum cura waren, den *insanis* aber, oder *dementibus*, ein curator von der Obrigkeit gegeben wurde. Von diesen *insanis*, oder Blödsinnigen ist, wie Huber mit Recht behauptet, auch wohl Justinian zu verstehen, wenn er §. 4. *I. h. t.* sagt: Sed et mente captis, et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, *curatores dandi sunt.* Eben so versteht Herr von Berg<sup>75)</sup> die Stelle Justinians. „Sollte der mente captus, sagt er, nicht derjenige seyn, dem es an der erforderlichen Geisteskraft fehlt, um die Folgen seiner Handlungen zu überlegen und zu beurtheilen, — den wir in unserer Sprache blödsinnig nennen? — Er ist des Gebrauchs seines Verstandes nicht völlig beraubt, aber er hat dessen so wenig, daß er nicht fähig ist, vernünftige Entschlüsse zu fassen. Sein Zustand ist nicht so auffallend, wie der des Rasenden und Wahnsinnigen. So erklärt sich's denn, warum das Gesetz sagt: dem *furioso* seyen Vormünder zu bestellen, aber auch dem *mente capto*, und warum eben dieses Gesetz ihn von jenem genau sondert, und vielmehr mit andern Unglücklichen, die sich selbst nicht

75) Von lichten Augenblicken bey Geisteskranken. §. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Tb. S. 250. f.



rathen können, zusammenstellt.“ Ganz dem gemäß, was uns Cicero im Sinne der Alten gelehrt hat, sagt auch Hofacker<sup>76)</sup>, der Ausdruck *furiosus* bezeichne im Sinne des Röm. Rechts denjenigen; *qui sive animi rabie agitetur, sive sine tumultu desipiat, intellectu omnino caret; dementes* aber diejenigen, *qui integram quidem mentem non habent, tumentur tamen vitae communem cultum et usitatum.* Und so werden denn ohne Zweifel die *furiosi* und *dementes* in den oben angeführten Gesetzen<sup>77)</sup> unterschieden. Doch ist nicht zu läugnen, daß die Ausdrücke *furiosus*, *mente captus* und *demens* in den Gesetzen<sup>78)</sup> auch zuweilen als gleichbedeutend gebraucht werden.

Der Unterschied zwischen *furiosi* und *insani* oder *dementes* äussert sich insonderheit darin, daß nur bey jenen, den eigentlichen Wahnsinnigen, lichte Zwischenzeiten (*dilucida intervalla, tempora intermissionis, furoris induciae*) eintreten können, von denen die Gesetze<sup>79)</sup> häufig sprechen, während welchen dann der *furiosus* wieder ganz vernünftig, und daher auch fähig ist,

76) Princip. iuris civil. Rom. German. Tom. I. §. 248.

77) S. die Note 63.

78) L. 25. C. de nupt. L. 2. C. de curat. fur. vel prodigi. L. 9. Cod. de impub. et aliis substitut. (VI. 26.) Auch FAEVUS de Verbor. Signif. voc. *Mentecaptus* sagt: *Mentecaptus* dicitur, cum mens ex hominis potestate abiit, et idem *demens*, qui de sua mente decesserit, et *amens*, qui a mente abierit.

79) L. 20. §. 4. D. Qui testam. facere poss. (XXVIII. 1.) L. 18. §. 1. D. de acquir. vel amitt. posses. (XLI. 2.) L. 2. C. de contrah. emt. vend. (IV. 38.) L. 6. C. h. t. L. 9. C. Qui testam. fac. possunt. (VI. 22.)

unabhängig von seinem Curator, gültig zu handeln. Bey den Blödsinnigen hingegen sind dergleichen dilucida intervalla gar nicht denkbar, weil der Zustand derselben in einem Mangel der Verstandeskräfte, in einer Geisteschwäche seinen Grund hat, dahingegen es bey wirklich Wahnsinnigen nicht an Seelenkräften fehlt, sondern diese nur unregelmäßig wirken, weil sie zerrüttet und verwirrt sind. Nur bey diesen ist es daher möglich, daß die Geistes-Verwirrung auf einige Zeit nachlassen, und die Vernunft wieder in ihre Rechte eintreten kann.

Ob die Curatel während dieser Zwischenzeiten aufhöre, war unter den alten Röm. Juristen streitig, indem einige behaupteten, daß bey dem Eintritt einer hellen Zwischenzeit während der Dauer derselben die Curatel sich endige, und bey der Wiederkehr der Krankheit wieder ihren Anfang nehme; andere aber lehrten, die Curatel dauere während derselben fort, und ruhe nur, weil nun der Curand selbst gültig handeln könne<sup>80</sup>). Allein Justinian hat diesen Streit entschieden. Nach seiner Decision soll die Cura furiosi fortbauern, so lange der Wahnsinnige lebt, sein Amt soll bloß während dieser Zwischenzeit ruhen, weil nun der furiosus das Recht hat, selbst gültig zu handeln, also Contracte zu schließen, eine Erbschaft anzutreten, und überhaupt alles dasjenige zu thun, wozu vernünftige Menschen berechtiget sind. Erst bey der Wiederkehr der Krankheit soll, dann aber

80) G. Emundi MERRILLI Exposition. in L. Decision. Justiniani. Nr. XII. ad L. 6. C. h. t. (Opp. P. II. Neapoli 1720. 4. pag. 28 sq.) und Gottfr. MASCOV de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 15. pag. 198 sq.

auch sogleich, das Amt des Curators wieder in Wirksamkeit treten. Die hierher gehörige merkwürdige Constitution ist die *L. 6. C. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alios autem morbus non sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio perveniat<sup>81)</sup>, et in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciae, aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur: antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbo adveniente redintegraretur? Nos itaque eius ambiguitatem decidentes, sancimus, (cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio, et impossibile est, et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui, et post longum tempus sub eadem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam pene furor esse remotus) *curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit: quia non est pene tempus, in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt.*

81) Unsere heutigen Aerzte theilen daher den Wahnsinn ein in den anhaltenden und aussetzenden. S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 255.

Sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit: *curatorem in contractu suo coniungi* <sup>82)</sup>, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit: ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, et frequenter tam nascatur, quam desinere videatur <sup>83)</sup>.

Dat. Kal. Septemb. LAMPADIO et ORESTE VV. CC. CONSS. 530.

§. 1392. b.

Rechtlicher Zustand des Wahnsinnigen. Besondere Rechte und Pflichten des Curators.

Die Gesetze stellen die furiosi mit den Pupillen, nämlich solchen, die noch infantes oder infantiae proximi sind, und also noch nicht selbst handeln können <sup>84)</sup>,

82) Diese etwas undeutlich ausgedruckten Worte wollen so viel sagen, der Curator setze bey der Wiederkehr der Krankheit die während der hellen Zwischenzeit unterbrochene Verwaltung wieder fort, so daß die Curatel und deren Administration eine und dieselbe bleibt, nicht anders, als ob sie gar nicht wäre unterbrochen worden. So versteht sie auch MERILLIUS l. c. pag. 29.

83) D. h. ein solcher häufiger Wechsel von Aufhören und Wiederentstehen der Curatel würde ins Lächerliche fallen. In den *Basilicis* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 22. Tom. V. *Fabroti* pag. 165. heißt es: ἀτοπον γὰρ ἐστὶ τὸ λέγειν ὅτι ἐν τοῖς διαλείμμασι πᾶνεται ὁ κούρατος, καὶ πάλιν ἐπιπέρχεται ἐν τῷ καιρῷ τῆς μαρίας. i. e. *Absurdum enim est dicere, in intervallis curatorem esse desinere, et rursus furore redeunte, curatorem esse incipere.*

84) §. 8. 9 et 10. *J. de inutilib. stipulat.* (III. 19.) Sonst ist zwischen einem furiosus und pupillus, qui fari potest,

in eine Linie. Ulpian sagt *Libro LIX. ad Edictum* <sup>85)</sup>: *hominis eius status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret*. Sie werden daher bey rechtlichen Geschäften eben so angesehen, als wenn sie gar nicht gegenwärtig wären. *Furiosus absentis loco est*, sagt Paulus *libro XVI. ad Edictum* <sup>86)</sup>, et ita POMPONIUS *libro primo Epistolarum* scribit, Dem Curator kommt daher die Verwaltung aller Angelegenheiten seines Pflegbefohlenen zu, weil er selbst dazu unfähig ist <sup>87)</sup>. Er handelt für ihn, wie der Tutor für den Pupillen, der noch Kind ist. Eben daher kann auch bey den rechtlichen Geschäften eines solchen Curanden, der wegen Wahnsinns der vormundschaftlichen Ob- sorge untergeben ist, von einem bloßen Consense des Curators eben so wenig die Rede seyn, als von einer auctoritas tutoris bey einem solchen Pupillen, der seines Alters wegen noch nicht selbst handeln kann. Denn von dem einem, wie von dem andern, sagen die

allerdings ein Unterschied, wie PAULUS *libro II. ad Sabinum* lehrt. Er sagt nämlich in der daraus genommenen *L. 5. D. de Reg. iur.* Nam *furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillas omnia tutore auctore agere potest*.

85) *L. 7. §. 11. D. Quib. ex causis in possess. eatur.* (XLII. 4.)

86) *L. 124. §. 1. D. de div. Reg. iuris.* S. Jac. GOTTFREDI Comment. ad h. L. pag. 529. sqq. Noch umfassender sagt Iulian *L. 2. §. 3. D. de iure codicillar.* (lib. XXXVII. Digestor.) *Furiosus per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur.*

87) *§. 8. J. de inutil. stipulat. L. 5. D. de Regg. iuris.*

Gefetze, sie haben keinen Willen <sup>88)</sup>. Es kommt daher bey den rechtlichen Angelegenheiten derselben bloß der Wille des Vormundes in Betrachtung. In dieser Hinsicht sagt Gajus *libro XV. ad Edictum provinciale* <sup>89)</sup>:

Si ad *pupillum* aut *furiosum* honorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda, et in repudianda honorum possessione *voluntatem tutoris curatorisque* spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve iudicio tenebuntur.

Der Curator furiosi hat aber nicht nur für das Vermögen, sondern auch für die Person des Curanden zu sorgen. Ihm liegt daher ob, seinen Aufenthalt zu bestimmen, seine Wartung und Verpflegung zu besorgen, und insonderheit seine Wiederherstellung sich möglichst angelegen seyn zu lassen, wofern nämlich noch eine Heilung bey ihm möglich und zu hoffen ist <sup>90)</sup>. Alles

88) L. 40. D. de div. Reg. iur. L. 2. C. de contrah. emt. et vendit. (IV. 58.)

89) L. 11. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.

90) G. von Berg Abhandl. von der Vormundschaft über Geisteskranke, in den jurist. Beobachtungen. 3. Th. S. 222. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtsfachen. 2. Th. §. 314. Das heidnische Alterthum bediente sich dazu des Mittels der *piatio*, welche durch eine Priesterin verrichtet wurde, die davon *piatrix* hieß. *Festus de Verbor. Signif. voc. Piari* belehrt uns hierüber aus Verrius Flaccus folgendermaßen: *PIARI eos, velati proprio verbo, ait VERRIUS, qui parum sunt animati, cum mentis suae non sint, et*

dieses faßt Julian zusammen, wenn er in der oben schon vorgekommenen Stelle <sup>91)</sup> sagt: *Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.*

Daß aber der legitimus curator dieses auf seine Kosten thun müsse, wenn der Wahnsinnige unbemittelt ist, wie einige <sup>92)</sup> behaupten wollen, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die Gesetze <sup>93)</sup>, die man dafür anzuführen pflegt, sagen dieses wenigstens nicht. Sie reden nur davon, daß Rasende, wenn sie durch ihre Verwandten nicht gebändiget werden können, mit

*per quaedam verba liberantur incommodo. PIATRIX dicebatur sacerdos, quae expiare erat solita, quam quidam SIMULATRICEM, alii SAGAM, alii EXPIATRICEM vocant, et PIAMENTA etiam dicebantur, quibus in expiando utitur. Diese piatio geschah durch ein Opfer von Schweinen, welche davon porci sacres genennt wurden. Dieses bestätigt eine Stelle bey PLAUTUS in Menaochmeis Act. II. Sc. II. v. 14 — 18.*

*ME. Responde mihi,*

*Adolescens, quibus hic pretiis porci veneunt Sacres, sinceri? CYL. Nummo. ME. eum a me accipe. Jube te piari de mea pecunia.*

*Nam ego quidem, INSANUM esse te, certe scio.*

S. auch VARRO *de Re Rust.* Lib. II. Cap. 1. et 4. und Jac. RARVARDUS *Conjectan.* Lib. III. Cap. 18. (*Opp. pars postum. Lugd. 1623. 8. pag. 101. sqq.*)

91) *L. 7. pr. D. h. t.*

92) LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 42.* und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten.

93) *L. 13. §. 1. und L. 14. D. de officio Praesid. (I. 18.) L. 9. §. 2. D. ad Leg. Pompej. de parrioid. (XLVIII. 9.)*

Hülfe der Obrigkeit in sichere Verwahrung gebracht werden sollen, damit sie keinen Schaden anrichten, und daß ein furiosus, wenn er in dem Zustande der Wuth einen Todschlag begeht, deshalb nicht bestraft werden könne, *ut divi Fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere, furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse, aut etiam vinculis coërcendum.*

Wie weit übrigens die Befugniß des Curators rücksichtlich der dem Curanden angefallenen Erbschaften reicht, bleibt dem Titel *de acquirenda vel omittenda hereditate* vorbehalten. Ich bemerke hier nur noch, daß Alienationen dem Curator nur insofern erlaubt sind, als sie entweder die Verwaltung des Vermögens, oder der Nutzen des Wahnsinnigen erfordert <sup>94</sup>).

II. Die *Cura prodigorum* anlangend, so ist sie zwar *exemplo curae furiosorum* eingeführt worden <sup>95</sup>), sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß sie mit der Person des Verschwenders nichts zu schaffen hat, sondern bloß auf das Vermögen und die Verwaltung desselben beschränkt ist <sup>96</sup>). In Rücksicht der

<sup>94</sup>) L. 11. L. 12. L. 17. D. h. t. S. Dablow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 300. S. 552. — 555. Uebrigens ist über das richterliche Verfahren bey der Erklärung eines Menschen für Geisteskrank zum Zweck der Bevormundung noch besonders zu vergleichen Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechts-sachen. 2. Th. §. 297.

<sup>95</sup>) L. 1. pr. h. t. Von dem Proceß bey der Erklärung eines Menschen für einen Verschwender ist zu vergleichen Puchta Handbuch a. a. O. §. 298. S. 394. f.

<sup>96</sup>) Doch findet ein Einwirken auf die Person des Prodigus in



Vermögensverwaltung aber ist das Verhältniß zwischen dem prodigus und seinem Curator dem gleich, welches zwischen einem Minderjährigen und seinem Curator Statt findet<sup>97)</sup>. Hier kommt der Consensus curatoris in Betrachtung. Zwar kann sich der prodigus nicht verbindlich machen, ohne Beytritt seines Curators<sup>98)</sup>, er kann aber doch mit dessen Einwilligung Contracte schließen, eine Novation eingehen, und eine Erbschaft antreten<sup>99)</sup>, welches der furiosus nicht kann<sup>100)</sup>. Durch Stipulation, oder durch eine ihm geschehene Tradition kann er zu seinem Nutzen auch ohne seinem Curator acquiriren<sup>1)</sup>. Denn das kann auch ein Pupill, dem hierin der Prodigus gleichgesetzt wird<sup>2)</sup>, aber kein furiosus<sup>3)</sup>. Von ma

so fern Statt, als es zugleich Mittel für den Zweck der Curatel, nämlich denselben zu bessern, ist. Es muß also allerdings auch dafür gesorgt werden, daß der Prodigus zur Arbeitsamkeit und nützlichen Thätigkeit sich gewöhne, und so zu einer lebendigen und fruchtbaren Erkenntniß seiner Verirrung gelange, welches die hier eintretende cura rei nicht ändert.  
S. Puchta Handbuch. 2. Th. §. 314. S. 430. ff.

- 97) L. 3. C. de integr. restitut. minor. (H. 11.)  
 98) L. 6. D. de Verb. obligat. (XLV. 1.)  
 99) L. 5. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)  
 L. 3. D. de novat. (XLVI. 2.) S. Pet. FABRI Comm. ad Tit. D. de div. regg. iuris L. 40. pag. 122. sq.  
 LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. § 36. und CARPZOV Jurispr. for. P. II. Const. XV. Def. 57.  
 100) L. 63. D. de acquir. vel omitt. hered. Jedoch ist die Zeit eines dilucidi intervalli auszunehmen. L. 7. C. h. t.  
 1) L. 6. D. de Verb. obligat. L. 3. D. de novat. S. den 4. Th. des Commentars §. 228. S. 57 — 59.  
 2) L. 9. D. de auctor. et cons. tutor. et curat. L. 9. §. 7. D. de rebus credit.  
 3) L. 63. D. de acquir. vel omitt. hered. LAUTERBACH l.c. §. 42.

ponius sagt zwar *libro XXXIV. ad Sabinum* 4): Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est; allein vergleicht man die aus demselben Buche des Pomponius genommenen Stellen 5), so will Pomponius nur soviel sagen, daß wissenschaftliches Schweigen zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Handlung, z. B. durch fremde Vornahme eines novi operis, den Prodigus nicht verbindlich mache 6).

Uebrigens läßt sich wohl nicht behaupten, daß die Prodigalitätserklärung sich bloß auf dasjenige Vermögen beschränke, welches der Prodigus zu der Zeit, da ihm die Verwaltung desselben untersagt wurde, noch besaß, und nur auf dasjenige zukünftige, was durch den Curator vermöge schon vorhandener Rechte, oder in Folge der Verwaltung erworben wird; mithin derselbe nur bloß in Ansehung desselben ausser Activität gesetzt werde 7). Der Ausdruck *interdicere bonis* umfaßt das ganze Vermögen des Verschwenders, nicht nur das schon vorhandene, sondern auch das noch zukünftige, es mag solches

4) L. 40. D. de div. Regg. iuris. (L. 17.)

5) L. 25. D. de servitut. praedior. rust. L. 20. de aqua et aquae pluv. arcend. act. (XXXIX. 3.) L. 50. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) L. 2. D. de fluminib. (XLIII. 12.) L. 3. D. de aqua quotid. et aest. (XLIII. 20.) S. Abr. WIELING Jurispr. Restit. pag. 230. sq.

6) S. Jac. GOTHOFREDI Comment. in tit. Pand. de div. Regulis iur. ad L. 40. cit. pag. 203. sqq. Man sehe hier überhaupt noch Gesterding von der cura prodigi §. 1. in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien S. 51. ff.

7) S. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. S. 558.

durch die Verwaltung des Vormundes, oder durch Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen erworben werden, welche dem Prodigus zufallen <sup>8)</sup>. Und dieses ganze zufällige künftige Vermögen des Verschwenders sollte mit der Prodigalitätserklärung auch gar nichts zu schaffen haben, mithin nicht unter die angeordnete Curatel fallen, sondern seiner Disposition anheimgestellt seyn? Wie wenn der Prodigus mit dem neuerworbenen Vermögen eben so übel wirthschaften sollte, als er mit dem Vermögen gewirthschaftet hat, welches der Staat unter seine besondere Aufsicht und Obhut genommen? und dieses könnte ihm der Staat gestatten? Auf solche Art wäre ihm ja die Verwaltung seines Vermögens zum Theil verboten, zum Theil gelassen, und ihm also in Ansehung der letztern ein neuer Spielraum zur Verschwendung gegeben. Wo ist ein solcher Unterschied in den Gesetzen zu finden? Sie konnten aber auch ohnmöglich einen solchen Unterschied machen, weil sie ja demjenigen, welchen sie wegen der Verschwendung unter die Curatel zu setzen verordnen, nicht die Verwaltung eines Theils seines Vermögens gestatten, und ihm dadurch neue Veranlassung zur Verschwendung geben können, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Obnein wird gewöhnlich nur erst dann zu dem Mittel der Prodigalitäts-Erklärung geschritten, wenn es mit der Verschwendung schon so weit gediehen ist, daß das noch übrige Vermögen nur

8) S. BRISSONIVS de Verbor. Signif. voc. *Interdicere*. Der Ausdruck *bona* bezeichnet überhaupt und ohne weitere Bestimmung immer ein ganzes Vermögen, und begreift daher auch *bona postea quaesita* unter sich. L. 208. D. de Verbor. Signif. L. 1. pr. D. de pignoriis.

gleichsam noch, wie aus dem Schiffbruche, gerettet wird. Durch Erbschaften, Vermächtnisse, und Schenkungen, welche dem prodigus zufallen, könnte aber seinem zerrütteten Vermögen wieder aufgeholfen werden. Welches Gesetz könnte also erlauben, solche dem Prodigus in die Hände zu geben, um auch diese zu verschwenden? Eine zweyte Prodigalitäts-Erklärung wegen des nachher noch von dem Verschwender erworbenen Vermögens läßt sich freylich nicht annehmen, sie ist aber auch nicht nöthig, indem die Interdictionformel dem Verschwender überhaupt die Disposition über sein Vermögen, und, wie Ulpian<sup>9)</sup> sagt, das *Commercium* untersagt. Deswegen kann er auch weder testiren<sup>10)</sup>, noch alieniren<sup>11)</sup>, *quia in bonis ius non habeat*<sup>12)</sup>. Er kann sich also auch über des nachher noch erworbene Vermögen keine Disposition anmassen.

§. 1393.

*Cura voluntaria.*

Auf Verlangen werden von der Obrigkeit Curatoren gegeben den Blödsinnigen, den Tauben und Stummen, den Gebrechlichen, und denen, die an einer immerwährenden Krankheit leiden, sofern sie nicht selbst ihren Geschäften vorstehen können<sup>13)</sup>.

9) *Fragm. Tit. XX. §. 13.*

10) §. 2. *J. Quibus non est permissum fac. testam. L. 18. pr. D. Qui testam. facere possunt.*

11) *L. 10. pr. D. h. t.*

12) *G. §. 1390. g. not. 33. G. 189. f.*

13) §. 4. *J. h. t. L. 8. §. 3. L. 12. pr. de tutorib. et curat. datis. L. 2. D. h. t. G. DONELLUS Commentar. de jure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14. 17. et 18.*

Der Blinden geschieht zwar in den Gesetzen ausdrücklich keine Erwähnung, es hat indessen keinen Zweifel, daß auch sie auf Verlangen einen Curator erhalten können, wenn sie wegen dieses Gebrechens ihren Geschäften nicht wohl vorzustehen im Stande sind <sup>14)</sup>.

## §. 1394 — 1396.

## Deutsche Geschlechtsvormundschaft.

Auch die Geschlechtsvormundschaft, welche jedoch nicht Justinianeischer, sondern bloß deutschen Rechts ist, rechnet Hellfeld zu den besondern Arten der freiwilligen Curatel. Dieß ist aber nur insofern wahr, als sich eine Frauensperson bey Eingehung eines rechtlichen Geschäfts ihren Vormund selbst wählen, und solchen auch wieder entlassen kann. Dieser Fall tritt jedoch nur bey unverheyratheten Frauenspersonen ein, denn verheyrathete stehen in den Ländern, in welchen diese Vormundschaft besteht, unter der natürlichen Vormundschaft ihres Ehemannes, und sie können nur insofern einen andern Vormund wählen, als der Ehemann selbst bey dem Geschäft der Frau theilhaftig ist. Nothwendig aber ist die Curatel des weiblichen Geschlechts insofern, als in den Ländern, wo sie eingeführt ist, eine Frauensperson ohne Zuziehung ihres Vormundes rechtliche Geschäfte, sofern nicht eine Ausnahme Statt findet, nicht gültig vornehmen kann. Der von der Frauensperson gewählte Beystand muß jedoch von der Obrigkeit bestätigt werden, und eine solche Geschlechts-

14) G. LAUERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. in fin. und Puchts Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreit. Rechtsfachen. 1. Th. §. 40.

vormundschaft wird eine *cura sexus dativa* genannt. Nur der Ehemann bedarf keiner besondern obrigkeitlichen Bestätigung, dieser kann schon, als solcher, bey den Rechtsgeschäften seiner Frau gültig seine Einwilligung ertheilen. Diese eheliche Vormundschaft ist daher, und zwar nur diese allein, eine gesetzliche Geschlechtsvormundschaft, *cura sexus legitima*. Der Geschlechtsvormund hat nun mit der Vermögensverwaltung gar nichts zu thun, sondern wird einer schon großjährigen Frauensperson nur in der Absicht gegeben, um ihr bey ihren gerichtlichen sowohl als außgerichtlichen Rechtsgeschäften, bey denen ihr ein Curator nöthig ist, mit seinem Rathe beizustehen, und durch seine Einwilligung denselben Gültigkeit zu verschaffen. Zu gerichtlichen Geschäften ist die Zuziehung eines kriegsgerischen Vormundes, oder Kriegsvogts, wie er hier genennt wird, immer nothwendig, zu den außgerichtlichen aber in der Regel nur, insofern sie eine Veräußerung von Immobilien enthalten, und auch bey diesen nur dann, wenn die Veräußerung aus Willkühr, und nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit geschieht; wogegen sie zur Errichtung eines Testaments keines Beystandes bedarf. Ist ein Rechtsgeschäft, wozu der Beystand des Geschlechtsvormundes erforderlich war, von einer Frauensperson ohne dessen Zuziehung vorgenommen worden; so ist es ungültig, und die Frau sowohl, als ihr Erbe, ja auch der Bürge hat das Recht, dasselbe anzufechten, denn es wird nur in Hinsicht der Frauensperson als unverbindlich betrachtet. Sie muß nur nicht betrügllich gehandelt haben, oder ihr nicht etwa selbst, ihres eigenen Vortheils wegen, an der Aufrechterhaltung des Geschäfts gelegen seyn. Denn der Andere

bleibt ihr in diesem Falle verbindlich, so daß also ein solches ohne Beytritt eines Curators von ihr geschlossenes Geschäft als ein *negotium claudicans* betrachtet wird. Da der Geschlechtsvormund nur Rathgeber seiner Curandin ist, so ist er nach den Regeln eines ertheilten Rathes nur in sofern verantwortlich, als ein Rathgeber verantwortlich ist<sup>15)</sup>; sonst haftet der Curator weder der Frauensperson noch einem Dritten<sup>16)</sup>. Für sich allein, und ohne Zuziehung seiner Curandin kann jedoch der Geschlechtsvormund nicht gültig handeln. Die Kauf- und Handelsfrau bedarf aber in Handelsgeschäften, so wenig wie die Hausfrau in ihren häuslichen Angelegenheiten, eines Curators. Auch in Ehesachen, sie betreffen die Eingehung oder Aufhebung der Ehe, kann eine Frauensperson sich ohne Curator verbindlich machen.

Ein Geschlechtsvormund wird übrigens entweder für alle seines Beystands bedürfende Rechtsgeschäfte der Frauensperson, oder nur für ein einzelnes Geschäft bestellt. In jenem Falle wird er ein allgemeiner, in dem letztern aber ein besonderer Curator genannt. Jener muß von dem ordentlichen Richter des Wohnorts bestätigt werden, welches nach angesehener Treue und mittelst eines Decrets geschieht. Letztern kann auch der Richter des Orts bestellen oder bestätigen, wo das Geschäft vorgeht. Ein Zwang, die übertragene Curatel zu übernehmen, findet hier nicht statt, wenn sich der ernannte Vormund dazu nicht freywillig versteht, er kann auch zu jeder Zeit sein Amt niederlegen.

15) S. den 15. Th. des Commentars §. 960. S. 366. f.

16) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. S. 713.

Dieses Wenige genüge hier von einer Rechtslehre, welche eigentlich für die Pandecten gar nicht gehört, sondern bloß deutschen Rechts, und nicht einmal gemeinen deutschen Rechts, auch schon von Andern <sup>17)</sup> hinlänglich bearbeitet worden ist, bloß darum, weil sie Hellfeld einmal zur Sprache gebracht hatte, gesagt zu haben.

§. 1397.

Curatel über das Vermögen der Abwesenden, nach römischen und deutschen Rechten.

Unter den oben <sup>18)</sup> angeführten verschiedenen Arten

- 17) Man vergleiche von den ältern *Joach. Wibel* Tr. de contractibus mulierum. *Stattg.* 1651. 4. *Jo. Henr. Berger* Diss. de curatoris necessitate in actis mulierum (in *ejus Dissertat.* nr. X.) *Tob. Jac. Reinhardt* Diss. sist. genuinas curae sexus et aetatis differentias. *Erford.* 1728. *Aug. v. Lbyser* de curatore mulieris. (in *Meditationib. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCL.) *Jo. Andr. Hoffmann* Diss. de cura mulierum. *Jenae* 1746. *Jo. Gottl. Heinke* de marito tutore et curatore uxoris legitimo, (in *Opusculor. varior. Syllog.* Halae 1735. 4. Exercitat. XXIV. pag. 811. sqq.) Von den neuern *Ernst Christ. Westphal*s deutsches und reichsständ. Privatrecht. 2. Th. Abh. 50. S. 106. ff. *Carl Ludw. Christoph. Köstlin*s Abhandl. von besondern weiblichen Rechten. 1. Bd. 2. Buch 4. Absch. S. 123 — 238. und 2. Bd. 3. Buch 2. Absch. S. 260 — 276. *Wilh. Aug. Fried. Danz* Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. S. 632. S. 165 — 183. *Eichhorn*s Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 290. ff. *Mittermaier*s Grundr. des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 380. f. S. 697 — 702. der 3. Ausg. *Georg Phillips* Grdf. des gemein. deutsch. Privatrechts (Berlin 1829.) 1. Bd. §. 28. S. 356 — 383. *And. Haubold* Lehrb. des Sächs. Privatrechts. §. 153 — 162. 18) S. §. 1390. a. S. 117.



einer bloßen Realcuratel zeichnet sich die Curatel über das Vermögen der Abwesenden <sup>19)</sup> vorzüg-

- 19) Die hierher gehörigen Schriften sind vorzüglich *Barekh. BARDILI* Curator honorum absentis. *Tübingae* 1667. *Jo. Ge. SIMON* Diss. de curatore diu absentis, de cuius vita dubitatur. *Jenae* 1672. (in *praesid. academ.* T. II. pag. 871. sqq.) *Isr. ROSENFELD* Diss. de administratione honorum absentis proximis successoris competente. *Erfordiae* 1712. *Ge. Henr. LINCK* Disquis. quaestionis: Quando absens habeatur pro mortuo? *Aldorfii* 1727. *Conr. Wilh. STRECKER* Diss. de nulitate alienationis hereditatis absentis ante tempus legitimum a curatore factae. *Erford.* 1735. *Christoph. Lud. CRELL* Quando curator absentis heredes aequae propinquos a successione excludat? *Viteb.* 1737. *Aug. a LEYSER* Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. *Jo. Rud. ENGAU* Commentat. de cura absentium. *Jenae* 1753. *Lud. Conr. SMALCALDER* (oder *Jac. Frid. STOCKMAIER*) Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt, vom Recht der Verschollenen. *Tübingae* 1758. *Christ. Frid. Imman. SCHORACH* Meditationes, in quibus praecipua capita doctrinae de cura honorum absentis examinantur. *Lipsiae et Francof.* 1761. 4. *Christ. Henr. BRÄUNING* Diss. de iure honorum absentis. *Lipsiae* 1766. *Jo. Frid. PIEL* Diss. de translatione honorum absentis vel probata morte, vel praesumpta demum efficaci. *Goetting.* 1768. *Frid. Es. a PUFFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. *Jo. Ad. Th. KIND* Diss. de successione in bona absentium. *Lipsiae* 1776. *Ge. Steph. WISSAND* Diss. de cura honorum absentis. *Viteb.* 1782. *Henr. Christ. Morz* Selecta capita doctrinae de cura honorum absentis. *Marburgi* 1785. und *Eman. Rud. FREY* Diss. iuris civ. Bernens. de cura honorum absentis. *Heidelberg.* 1819. Außerdem haben von dieser cura noch gehandelt *Joh. Aug. Dondorf* in der *Samml. jurist.*

lich aus, von welcher daher hier noch besonders zu handeln ist. Um jedoch den juristischen Standpunct, von welchem aus diese Lehre zu beurtheilen ist, näher zu bestimmen, muß das System des römischen Rechts von dem des deutschen Rechts wohl unterschieden werden. Denn beyde Rechtssysteme weichen hier sehr von einander ab. Vorläufig müssen wir jedoch bemerken, daß bey der Curatel über das Vermögen der Abwesenden zweyerley vorausgesetzt wird, nämlich 1) es muß ungewiß seyn, ob der Abwesende noch lebt, oder todt ist; denn nur in diesem Falle sagt man eigentlich, daß Jemand verschollen sey<sup>20)</sup>. 2) Der Abwesende

Abhandlungen Nr. 10. und 11. Carl Lud. Christph. Kößlin in den krit. Versuchen über Recht und Unrecht. Nr. 3. Gottfr. Christ. Voigt Abhandlungen über einzelne Gegenstände des Rechts und der Gesch. Nr. 2. Joh. Christ. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. Nr. 16. Carl Ge. von Zangen Beiträge zum deutschen Recht. 2. Th. S. 67 — 142. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Bd. Nr. 10. b. u. Nr. 11. Christ. Heinrich Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der Civilrechtsgelahrtheit. 1. Bd. Betracht. 23. Joh. Ad. Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts. 1. Abth. Nr. IX. S. 53. und 54. Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. 1. Th. Nr. 12. F. C. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. XIII. 3. S. 338. ff. und B. W. Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 2. Bd. Nr. V. S. 236 — 262. Man vergl. auch Curtius sächsisch. Civilrecht. Th. 1. S. 380.

20) Ueber die Etymologie des Worts verschollen s. Laur. de

muß keinen Bevollmächtigten hinterlassen haben, dem er die Verwaltung seines Vermögens übertragen hat. Hier kann von der Bestellung eines Curators keine Rede seyn, sondern die allgemeinen Grundsätze von der Bevollmächtigung zur Verwaltung fremder Güter kommen hier zur Anwendung <sup>21)</sup>).

Soviel nun zunächst das Röm. Recht betrifft, so ist die Curatel über das Vermögen eines Abwesenden eine bloße *cura dativa*, welche von der Obrigkeit, deren Gerichtsbarkeit der Abwesende entweder wegen seines darunter gelegenen Vermögens, oder weil er dort seinen Wohnsitz hat, für seine Person unterworfen ist <sup>22)</sup>, angeordnet wird. Die römischen Gesetze <sup>23)</sup>, welche von dieser Curatel sprechen, gedenken zwar nur hauptsächlich des Falles, wenn ein römischer Bürger in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Denn da ein solcher Bürger in diesem Zustande keinen Procurator haben konnte <sup>24)</sup>;

WESTENRIEDER Glossar. Germanico-Latin. Voc. *Verschollener*.

- 21) S. *Christ. Gattl. Riccii Spicileg. iuris Germ.* §. 482. *Motz Diss. cit. de cura honor. absentis.* §. 3. und *Schweppe Römisches Privatrecht* 1. Bd. §. 209. u. 210. (nach der 4. Ausg. Göttingen 1828.)
- 22) *BARDILI de curat. honor. absentis. Cap. III. Th. 7.* und *HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707.*
- 23) *L. 15. pr. D. Ex quib. caus. maior. L. 6. §. ult. in fin. D. de tutel. L. 6. §. 2. D. Quib. ex caus. in possess. eat. L. 1. §. ult. D. de munerib. L. 3. et L. 4. Cod. de postlim. revers. (VIII. 51.) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 23. §. 7.*
- 24) *L. 15. pr. D. Ex quib. caus. maiores: quia nec procuratorem habere possunt.*

so mußte durch Bestellung eines Curators dafür gesorgt werden, daß das Vermögen desselben nicht während der Gefangenschaft zu Grunde gieng, oder Andern zum Raube wurde<sup>25)</sup>. Gerade aus diesem Grunde wurde aber diese Curatel auch auf andere Abwesende erstreckt, von deren Leben und Schicksal man nichts erfahren konnte. Daher wird in den Gesetzen der Curator absentis als verschieden von dem Curator eines ab hostibus capti gedacht<sup>26)</sup>. Um die Anordnung dieser Curatel mußten diejenigen bitten, denen daran gelegen war<sup>27)</sup>, z. B. die künftigen Erben, oder auch die Gläubiger<sup>28)</sup>. Der Curator brauchte aber nicht nothwendig aus den Verwandten des Abwesenden genommen zu werden, denn die cura bonorum absentis war keine legitima cura, sondern

- 25) *L. 6. §. ult. D. de tutelis. Curator substantiae dari debet, ne in medio pereat. L. 5. C. de postlim. revers. (VIII. 51.) et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari. L. 33. §. 2. D. de procurator. Publice utile est, ne absentes indefensi relinquuntur.*
- 26) So z. B. sagt Ulpian *L. 22. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid. (XLII. 5.) Sed si bonis curator datus est vel absentis, vel ab hostibus capti, etc. C. BARDILI Curator bonorum absentis. Cap. III. Th. 5.*
- 27) *L. 3. C. de postlim. revers. Impm. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. Varo. Cum cognatos tuos nondum postliminio reversos adfirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari: interpellatus Rector provinciae providebit eum sub observatione consueta constituere, qui stipulante servo publico satis idonee dederit.*
- 28) *L. 6. §. 2. L. 8. D. Quid. ex caus. in possession. eat. (XLII. 4.)*

der Magistrat bestellte den Curator ohne Rücksicht auf Verwandtschaft. Diese Curatel ist also nach dem Röm. Rechte nichts anders, als eine gewöhnliche Realcuratel, die dem Curator als munus personale übertragen wird, und daher allen denjenigen Bestimmungen und Beschränkungen unterliegt, welche von einer solchen Realcuratel gelten. Nach dem Röm. Rechte können daher nur solche Personen dazu gelangen, welche die subjective Fähigkeit haben, zu Vormündern bestellt zu werden. Eben so blieben auch die Römer in Ansehung der Erbfolge in das Vermögen eines Abwesenden streng bey dem Grundsatz stehen, daß ein Erbrecht nur da Statt finden könne, wo gewiß ist, daß der Erblasser gestorben sey<sup>29)</sup>. Die Gesetze derselben erfordern daher den Beweis des Todes selbst in Fällen, wo das Leben oder Tod des Abwesenden noch ungewiß ist, und verordnen ausdrücklich, daß derselbe gar nicht soll beerbt werden können, so lange diese Ungewisheit dauert<sup>30)</sup>. Denn auch in dem Falle,

29) L. 19. D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX. 2.)

30) L. 4. C. de postlim. revers. Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. Hermogeni et aliis. Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur. Nec super facultatibus eius, cuius incerta vita ac fortuna fuit, transigi vel iudicari potuit. Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit: tunc vobis licentia permittitur adgnoscoendae per bonorum possessionem successionis: non officientibus enim his, quae perperam gesta

da Jemand verschollen ist, hat das Röm. Recht keine Vermuthung für das Verstorbeneseyn, als höchstens nach zurückgelegtem hundertsten Jahre, quia is finis vitae longaevis hominis est<sup>31)</sup>.

Von diesen Grundsätzen des Röm. Rechts weicht nun das deutsche Recht, welches sich durch einen weit verbreiteten Gerichtsgebrauch gebildet hat<sup>32)</sup>, in mehreren Puncten wesentlich ab, so daß daher diese Curatel als eine cura prorsus irregularis betrachtet wird, welche nur sehr uneigentlich cura genannt werde<sup>33)</sup>. Die besondern Eigenthümlichkeiten dieses deutschrechtlichen Instituts, wie solche durch den Gerichtsgebrauch ihre Bestimmung erhalten haben, bestehen darin<sup>34)</sup>.

sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

- 31) L. 56. D. de usufr. L. 8. D. de usu et usufr. legat. (XXXIII. 2.) L. 23. C. de SS. eccles. (I. 2.) S. Schwegge Röm. Privatrecht. 1. B. §. 61. S. 148. f. (der 4. Ausg.)
- 32) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. XV. Defin. 48. nr. 2. sagt: *Generali multorum locorum consuetudine obtinuit.* Man sehe vorzüglich SCHORCH Meditation. §. 3.
- 33) So nennen sie LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. medit. 7. pag. 344. BROKES. Select. Observation. forens. Obs. V. §. 32. SCHORCH Meditation. cit. §. 4. in fin. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 2. sagt: *Ea quidem proprie cura non est.*
- 34) Am vollständigsten sind diese Eigenthümlichkeiten der deutschrechtlichen cura absentium dargestellt in Pfeiffers pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 2. Bd. S. 240. ff.

1) Das rechtliche Fundament dieser Curatel beruht auf einem präsidentiven Erbrechte, und dem eigenen Interesse, welches diejenigen, denen jenes zusteht, bey der Erhaltung des von dem Abwesenden zurückgelassenen, und sobald dessen Ableben nachgewiesen, oder rechtlich vermuthet werden kann, ihnen gesetzmäßig zufallenden Vermögens haben<sup>35)</sup>. Daher haben die nächsten Verwandten und präsidentiven Erben des Verschollenen ein vorzügliches Recht zu dieser Curatel, und schließen jeden Andern aus. Sie wird daher als eine *legitima cura* betrachtet, in sofern sie den nächsten Verwandten vermöge eignen Rechts zusteht, und zur Sicherstellung eventueller Erbansprüche geltend gemacht und ausgeübt wird<sup>36)</sup>. Sie ist nur

35) *Ben. CARPZOV* Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 48. Respons. iur. Lib. V. Resp. 83. *Tab. Jac. REINHARTH* Select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 35. nr. 5. pag. 55. *Christ. Gottl. RACIUS* Spicil. leg. iuris German. §. 484. pag. 635.

36) *ROSENFELD* Diss. cit. de administratione honor. absentis proximis successuris competente, und *SMALCALDER* Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt. §. 12—15. Ein gleiches Recht wird von mehreren Rechtsgelehrten auch den Testaments- und Vertragserben selbst vor den gesetzlichen Erben eingeräumt. *S. LYNCKER* Cent. I. Decis. 40. *ENGAU* Diss. de cura absentium. Not. f. *SCHOTT* Diss. de citatione edictali in hereditatis ob mortem praesumptam petitione iure Saxon. elect. praescripta. Lipsiae 1791. 4. Cap. II. §. 4. pag. 45. und *Christ. Gottl. HAUBOLD* ad *BERGERI* Oecon. iuris. Tom. I. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. Not. 11. Obs. r. p. 191. So erkannte auch das Ober-Appellationsgericht zu Hessen-Cassel in *de CANNONISSER* Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CXXXI. nr. 8. pag. 597. Diese Meinung hat für sich, daß das gesetzliche Erbrecht

dann eine Datis-Curatel, wenn entweder keine präsumtive Erben vorhanden sind, oder die vorhandenen von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen wollen, woraus jedoch für sie kein Nachtheil in Rücksicht ihres künftigen Erbrechts erwächst<sup>37)</sup>. Es muß aber der Abwesende zuvor durch Edictalien unter Androhung des Rechtsnachtheils, hinsichtlich seines vorhandenen Vermögens für todt erklärt zu werden, vorgeladen werden<sup>38)</sup>, denn erst nach dem Verlaufe des Termins kann eine solche Curatel verfügt werden. Bis dahin kann eine

nicht eintritt, wenn ein Testamentserbe da ist. Sie ist auch in mehreren Gesetzgebungen gebilliget, z. B. im allgem. Preuß. Landrechte 2. Th. 18. Tit. 5. §. 26. und Hohenzoln'schem Landrecht 5. B. Tit. 1. §. 24. Daß dieses auch dem Baierschen Landrechte gemäß sey, behauptet von Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. 5. XXXIX. Nr. 6. Man sehe auch *Cod. Napoleon.* Art. 123. und von Maleville Commentar. 1. Bd. ad h. Artic. Man vergleiche jedoch SCHORCH Meditat. de cura honor. absentis §. XVII.

37) Denn von einer Repudiation der Erbschaft kann so lange gar keine Rede seyn, als die Erbschaft nicht angetreten werden kann. *L. 5. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Eine Entfagung wird aber ohnehin nicht vermuthet. Man vergleiche vorzüglich CRELL Diss. cit. Quando curator absentis etc. §. VII. und MOTZ Diss. cit. de cura honor. absentis. §. 9.

38) S. vorzüglich von Bülow Beytrag zur Lehre von der Legitimation zu der Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen. §. 3. (in Desselben Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 286. ff.)



gewöhnliche Dativ-Curatel eintreten 39). Hiernach bestimmt sich nun auch

2) die rechtliche Beschaffenheit dieser deutsch-rechtlichen Curatel, welche nach der Praxis in einer vorläufigen und fürsorglichen Besiznahme einer künftigen präsumtiven Erbschaft unter der resolutiven Bedingung der Restitution, wenn der Abwesende wieder erscheinen, oder ein näherer Erbe zur Zeit des definitiven Erbs-Anfalls sich finden sollte, besteht 40). Die zufolge der fürsorglichen Einweisung dem nächsten präsumtiven Erben zustehende gesetzliche Verwaltung ist demnach keine gemeine Curatel. Pufendorf 41) nennt sie eine *successio conditionalis, quae pura fit, si absens non redierit*; und Carpzov 42), dem hierin mehrere Practiker 43) gefolgt sind, bezeichnet sie, als eine custo-

39) S. Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutsch-Privatrechts. §. 579.

40) S. Riccius *Spicileg. iuris Germ.* §. 482. nr. 3. pag. 633. von Bülow *Abhandlungen.* 1. Th. Nr. XII. S. 285. und S. 285. Voigt's *Abhandlungen* Nr. II. S. 46. f. besonders Pfeiffers *pract. Ausführungen.* 2. B. Nr. V. S. 241.

41) *Observation. iuris univ.* Tom. IV. Obs. 84. §. 2.

42) *Jurispr. for.* P. III. Const. 15. Def. 48. und *Respons. iur.* Lib. V. Resp. 83. nr. 11.

43) SCHILTER *Prax. iuris Rom.* Exerc. XV. §. 73. *Just. Henn. BOEHMER* *Consultat. et Decision.* Tom. II. P. I. Resp. 622. nr. 6. pag. 916. *Jo. Balth. a WEANHER* *Select. Observat. for.* Tom. I. P. II. Obs. 356. nr. 2. pag. 357. P. V. Obs. 22. nr. 3. pag. 996. *Tob. Jac. REINHARTH* *Select. Observat. ad Christinaeum.* Vol. III. Obs. 35. nr. 5. pag. 55. *Pet. MÜLLER* *ad Struvium* Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not. 7. pag. 658. *BARDILI* *curator*

dia et praematura successione occupatio. Dieses System ist zwar von mehreren <sup>44)</sup> aus dem Grunde bestritten worden, quia viventis nulla successio est; allein es läßt sich dieser allerdings nicht unerhebliche Zweifel, zur Aufrechterhaltung der Praxis, dadurch beseitigen, daß man sagt, es sey ja hier von keiner schon zur Zeit der Uebernahme der sogenannten Curatel über das Vermögen des Verschollenen definitiv erfolgten Erbfolge die Rede, indem das Vermögen im Falle des Wiedererscheinens des Abwesenden diesem, oder wegen Nachweisung eines bessern Erbrechts demjenigen, welcher dieses ausgeführt hat, restituirt werden müsse, woraus sich also die vorherige Unstatthaftigkeit irgend einer Succession von selbst ergebe <sup>45)</sup>. Es scheint demnach nur der von einigen Rechtsgelehrten gebrauchte Ausdruck einer *successio anticipata* unpassend zu seyn, denn daß diese deutschrechtliche Curatel gleichwohl eine wesentliche Beziehung auf die künftige Succession des Verschollenen habe, können selbst diejenigen nicht in Abrede

bonor. absentis. Cap. IV. Th. 11. CABELL Diss. cit. §. 3. SCHORCH Meditation. cit. §. 4. u. m. a.

44) MOZZ cit. Diss. de cura bonor. absentis. §. 8. KIND Diss. cit. de success. in bona absentium. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. Bd. 7. S. 633. S. 184. Jo. Christoph. KOCH Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; als Auctar. II. Succession. ab intestato civ. pag. 225. (edit. VII. Giessae. 1790. 8.) S. auch den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 497.

45) S. Pfeiffers pract. Ausführungen 2. B. S. 241. f. vergl. auch CABELL Diss. cit. §. 5.

stellen, welche eine *successio anticipata* mit Recht verworfen haben. Die große Verschiedenheit unserer deutsch-rechtlichen *cura absentium* von einer gewöhnlichen *cura honorum* äussert sich ferner

3) in Ansehung der Subjecte, welchen dieselbe übertragen wird. Denn wenn jene nur solchen Subjecten übertragen werden kann, welche die persönliche Fähigkeit, eine Vormundschaft zu führen, besitzen, so kommt es hierauf bey dieser gar nicht an, weil hier bloß auf das durch präsumtives Erbrecht begründete eigene Interesse desjenigen geschehen wird, welcher auf diese Curatel Anspruch macht. Der nächste Erbe gelangt also zu deren Uebernahme, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er eine Vormundschaft zu führen im Stande sey, oder nicht <sup>46)</sup>. Daher können auch diejenigen zu dieser Curatel gelangen, die selbst unter der Vormundschaft stehen, z. B. Unmündige, Minderjährige, Blödsinnige, in welchem Falle denn, wie sich von selbst versteht, die ihnen deferirte *cura absentis* von den Vormündern verwaltet wird, welche deren eigene Geschäfte zu besorgen haben <sup>47)</sup>. Es tritt hier die unbedingte Regel ein: *Quo*

46) CARPZOV P. III. Const. XV. Def. 48. nr. 8. LEYSER Specim. XCVII. medit. 1. et 2. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XLII. Tit. 7. §. 4. REINHARTH ad *Christinaeum*. Vol. III. Obs. 35. nr. 7. CRELL Diss. cit. Quando curator etc. §. 3. Voigt Abhandl. S. 47. HOFACKER c. l. §. 707. und Danz a. a. D.

47) LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 4. CARPZOV Resp. iur. Lib. V. Resp. 83. nr. 19. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 22. REINHARTH c. l. nr. 7. *Christ. Gottl. Riccius* Spicileg. iuris German. Lib. I. Tit. 28. ad §. 484. pag. 635.

quis propior est ad successionem, eo quoque propior est ad suscipiendam hanc curam 48) Hieraus folgt, daß ein schon bestellter Dativ-Curator, selbst wenn er ein Verwandter wäre, dem nächsten Präsumtiv-Erben weichen muß, wäre auch kein anderer Grund, als der des nähern Erbrechts, vorhanden 49). Gleich nahe Verwandte haben also zu dieser Curatel ein gleiches Recht 50). Mehrere Rechtsgelehrten 51) sind zwar der Meinung, daß wenn einmal dem nächsten Erben die Curatel übertragen worden, andere nicht weiter zugelassen würden, wenn sie auch in gleichem Grade verwandt wären. Allein mit Recht ist diese Meinung von Andern 52) verworfen worden. Denn geht man von

48) *Compt. c. D. §. 3. Verb. Ad quemcumque. Ex 170 Diss. de cura absentium. pag. 5. HOFACKER c. l. Danz a. a. D.*

48) *S. WIESAND Diss. cit. de cura honor. absentis. §. VI.*

49) *BARDILI Diss. Curator. honor. absentis Cap. IV. Th. 12. SCHORCH cit. Meditation. de cura honor. absentis. §. 4. pag. 6. REINHARTH c. l. nr. 3. MOTZ cit. Diss. §. 5.*

50) *RICHTER Decis. LXV. nr. 5. ENGAU Diss. cit. §. Quodsi pag. 4. sq. SCHORCH Meditation. citt. §. IV. pag. 6.*

51) *CARPZOV Jurispr. for. P. III. Cōst. 15. Def. 49. nr. 4. L. B. a WERNHER Select. Observation. forens. Tom. I. P. II. Obs. 356. nr. 3. et 4. REINHARTH select. Observation. ad Christinaeum. Vol. III. Obs. 35. nr. 9—12. CRELL Diss. cit. Quando curator absentis heredes aequae propinquos a suspensione excludat. §. VIII. und Riccius Spicileg. iuris German. §. 483. pag. 634.*

52) *Aug. a LEBER Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XC VII. medit. 6. SCHORCH Meditat. citt. §. 4. pag. 6. und Danz Handb. Th. VII. S. 185. So erkannte auch die Göttinger Juristen-Facultät in Ge. Lud. Böhmers a. Glück's Erläut. d. Pand. 33. Th.*

Ⓞ

dem allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß das rechtliche Fundament dieser Curatel lediglich in der Nähe des präsumtiven Erbrechts besteht, so folgt daraus nothwendig, daß der zum Curator bestellte vermeintlich nächste Präsumtiv-Erbe nicht nur, wenn in der Folge eine näherer Erbe seinen Anspruch geltend macht, diesem die Curatel abtreten, sondern auch, wenn sich Andere gleich nahe Verwandten melden, dieselben daran Theil nehmen lassen müsse<sup>53)</sup>.

erlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 1. Abth. Resp. 176.  
Nr. 8. §. 4.

53) S. Pfeiffers angef. pract. Ausführungen. 2. Bd. S. 244.

Eine Präclusion der sich nachher meldenden präsumtiven Erben ließe sich nur dann denken, wenn diejenigen, welche auf diese Curatel Anspruch machen können, unter Androhung dieses Nachtheils wären vorgeladen worden, und sich nicht vor dem Termin gemeldet hätten. Denn hier ließe sich sagen: *Imputent sibi, quod non vigilaverint, et tacerint, aliiquē curam deferri passi fuerint.* Auf die künftige Erbfolge in die Verlassenschaft des Verschollenen selbst, indem von der wirklichen Succession noch zur Zeit gar nicht die Frage ist, hat indessen diese Präclusion, als welche nur die Curatel allein angeht, keinen nachtheiligen Einfluß, weil Niemand zur Uebernehmung dieser Curatel genöthiget wird. Denn sie ist kein *munus publicum*, sondern vielmehr ein Recht, eine Wohlthat. Die Entsagung des Rechts zur Curatel schließt also noch keinen Verzicht auf die künftige Erbschaft selbst in sich. S. ENGAU Diss. de cura absent. pag. 5. RICCIUS Spicileg. §. 483. in fin. SMALCALDER Diss. de his, qui disparuerunt. §. 20. besonders MOZZ Diss. de cura honor. absentia. §. 9.

§. 1397. a.

Fortsetzung. Ist die Curatel der Abwesenden nach D. Rechten erblich?

Einen eigenthümlichen Unterschied der heutigen cura honorum absentis von einer gewöhnlichen Realcuratel wollen mehrere <sup>54)</sup> auch <sup>4)</sup> darin gefunden haben, daß jene erblich seyn soll, und von dem ersten Vormund auf seine Erben, als ein der Erbschaft selbst anklebendes Recht, übertragen werde, wenn sie gleich nicht durch die gesetzliche, sondern testamentarische Erbfolge zur Erbschaft berufen werden. Andere <sup>55)</sup> hingegen beschränken diese Erblichkeit der Curatel dahin, daß sie nur so zu verstehen sey, wenn die Erben des verstorbenen Curators ebenfalls Verwandte sind. Denn wären diese extranei heredes, sie mögen nun entweder Testaments- oder Intestaterben seyn; so seyen diese den Verwandten nicht vorzuziehen. Allein diese Ansicht hat offenbar die jetzt allgemein als unrichtig anerkannte Idee einer successio anticipata, wodurch schon ein definitives Erbrecht erworben worden, zum Grunde, und wird daher von den meisten Rechtsgelehrten <sup>56)</sup> mit Recht verworfen. So

54) RICHTER P. III. Decis. LXV. nr. 7. et 17. MÜLLER ad Struvium. Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not. γ. Nr. IX. CARLL Diss. cit. §. VI. Folgt von der deutschen Vormundschaft und Verwaltung der Güter der Verschollenen, in Desselben angeführten Abhandlungen Nr. 2. S. 48.

55) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 49. et 50. REJNWARTI Select. Observat. ad Christinaeum. Vol. III. Obs. 35. nr. 9. et 10. ENGAU Diss. cit. pag. 7.

56) BANDILI Diss. de curatore honor. absentis. Cap. VIII. Th. 42. et 43. SMALCALDER Diss. de illo, quod iustum

lange der Verschollene noch nicht für todt erklärt werden kann, wird angenommen, er lebe noch. Es kann also auch von keiner Erbschaft die Rede seyn, die mit der Curatel angetreten, und auf die Erben des Curators transmittirt werde. Sind die Erben des Curators gerade die nächsten Verwandten des Verschollenen, so fällt zwar die Curatel an diese, aber nicht als Erben des verstorbenen Curators, sondern als die nächsten Verwandten des Verschollenen. Sind sie es nicht, so müssen sie die Curatel denen überlassen, die nun die nächsten Verwandten sind, und sind gleich nahe Verwandte vorhanden; so können sie sich nicht weigern, die Verwaltung mit denselben zu theilen 17).

#### §. 1397. b.

Pflichten des Curators bey Uebernehmung der cura absentis.  
Errichtung eines Inventars, Cautionleistung.

Dagegen zeigt sich aber 5) eine nicht unerhebliche Eigenthümlichkeit dieser Curatel in Ansehung der Bedingungen bey Uebernahme derselben. Daß der Curator a) verbunden ist, vor allen Dingen für die Fertigung eines genauen Inventars über das Vermögen des Abwesenden, als genügende Grundlage einer

est circa eos, qui disparuerant. §. 53 WIESAND Diss. de cura bonorum absentis. §. VIII. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. §. 709. und Pfeiffer von der teutschrechtlichen Curatel über das Vermögen der Abwesenden, in Desselben pract. Ausführungen. 2. B. S. 244. f.

37) LAYSSA Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 6. und HOFACKER Princip. Tom. I. §. 707. not. d.

möglichen vereinstigen Verbindlichkeit zur Rechnungs-Ab-  
 legung, Sorge zu tragen, ist zwar nichts Besonderes.  
 Denn dieß findet auch bey jeder andern Curatel Statt,  
 und liegt auch hier schon in der mit der Uebernahme  
 des Vermögens verknüpften Bedingung eventueller Re-  
 stitution<sup>58)</sup>. Jedoch ist dabey dem Curator die Vorsicht  
 zu empfehlen, daß er in dem Inventar zugleich bemer-  
 ken lasse, in welchem Zustande sich die Sachen, be-  
 sonders die Gebäude, zur Zeit der übernommenen Ad-  
 ministration befunden haben, um nicht dereinst bey der  
 Herausgabe des Vermögens, entweder wegen des schlech-  
 ten Zustandes, in welchem sich vielleicht die Sachen, be-  
 sonders die Gebäude und Grundstücke, befinden, oder  
 wegen der auf die Ausbesserung derselben verwendeten  
 Kosten in verdriessliche Prozesse verwickelt zu werden<sup>59)</sup>.  
 Allein mit mehrerem Grunde kann b) die unbedingte  
 Verpflichtung zur Cautionsleistung, als dieser Cu-  
 ratel eigenthümlich, betrachtet werden, welche hier um  
 so nothwendiger erscheint, weil dem Abwesenden keine gesetz-  
 liche Hypothek auf dem Vermögen seines Curators zu-  
 steht<sup>60)</sup>. Für diese Cautionsleistung hat die Obrig-

58) S. Pfeiffer a. a. O. S. 246.

59) S. Smalcalder Diss. cit. S. 26. Das Gericht kann in  
 dieser Hinsicht den Curator berechtigen, auf Kosten des  
 Abwesenden die unbeweglichen Güter von einem ge-  
 richtlich dazu erkauenten Kunstverständigen be-  
 sichtigen zu lassen, dessen Bericht über den Zustand der  
 Güter, ihm als ein öffentliches, diesen Zustand constatirendes  
 des Document, zum künftigen Beweise dienen kann.

60) L. 23. D. de rebus auctor. iud. possid. (XLII 5.) S.  
 den 19. Th. des Commentars S. 1088 S. 154. Not. 26.  
 und Baccan Elect. disceptation. forens Tit. XLV.



keit bey eigener Verantwortlichkeit zu sorgen, noch ehe sie dem Curator die Verwaltung des Vermögens überträgt, damit der Abwesende auf den Fall des Wiederserscheinens, oder auch der dereinstige nähere Erbe wegen der Restitution des Vermögens vollkommen gesichert sey<sup>61)</sup>. Das Eigenthümliche bey dieser Cautionsleistung zeigt sich aber besonders darin, daß von derselben Niemand befreyt ist, auch selbst in solchen Fällen nicht, wo sonst eine Befreyung von der Cautionsleistung Statt findet<sup>62)</sup>. Daher befreyt den Curator auch Anseßigkeit nicht<sup>63)</sup>,

Obs. 2. not 2. pag. 1501. *de Cocceji iur. civ. contr. Lib. XX. Tit. 2. Qu. 3.* ROSENFELD Diss. de administrat. honor. absentis. §. 22. STRUCKER Diss. de nullitate alienation. hereditatis absentis. §. 26. BARDILI Diss. cit. Cap. VIII. Th. 45. pag. 57. *Ferd. Christoph.* HARPPRECHT Diss. trutina XX. pignor. tacitor. vel indubie spurior. vel summe dubior. §. XI. nr. 67. (*Dissertation. academ. Vol. I. pag. 1109*) WIESAND Diss. de cura honor. absentis. §. IX. MOTZ Diss. cit. §. 10. und HOPACKER Princ. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 710. in fin. Man vergleiche jedoch *de BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. VI. Not. 14. Tom. I. pag. 194.* (edit. *Hanbold.*)

61) L. 3. C. de postlim. revers. (VIII. 51.) *Ant. FABER* Cod. definit. forens. Lib. II. Tit. 39. Def. 18. BARDILI Diss. de curatore honor. absentis. Cap. VII. Th. 25. SMALCALDER cit. Diss. §. XX. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. Th. 7. S. 185. und Pfeiffer a. a D. S. 246.

62) S. ROSENFELD Diss. de administrat. honor. absentis. §. 15.

63) Anderer Meinung ist jedoch Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 379. Allein die von ihm angeführten Schriftsteller sagen davon nichts.

weil der Abwesende, wie bereits bemerkt worden, keine Hypothek auf den Gütern des Curators anzusprechen befugt ist. Der Curator muß also zur Sicherheit des Abwesenden eine ausdrückliche Hypothek bestellen<sup>64)</sup>. Denn nur durch Pfand oder Bürgen kann die hier erforderliche Caution bestellt werden<sup>65)</sup>. Eine juratorische Caution gewährt so wenig, als eine bloß promissorische, wegen der vielleicht sehr langen Zeit, da die Verschollenheit dauern kann, hinlängliche Sicherheit<sup>66)</sup>, wenn gleich einige Rechtsgelehrten<sup>67)</sup>, obwohl nur unter gewissen Einschränkungen, dieselben für zulässig halten wollen. Kann der nächste Verwandte oder präsumtive Erbe die erforderliche Caution nicht leisten, so muß, mit Uebergang desselben, jedoch ohne Nachtheil seines künftigen Erbrechts, die Curatel demjenigen übertragen werden, welcher nach ihm diese Caution zu bestellen im

64) ENGAU Diss. cit. pag. 6. und SIMON Diss. de curatore diu absentis. Cap. IV. Th. 12.

65) L. 3. C. de postlim. revers. MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 61. SMALCALDER Diss. cit. §. 20 — 22. und PUCHTA Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürg. Rechtsfachen. 2. Th. §. 311.

66) MEVIUS Decision. c. I. ROSENFELD Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 16. SMALCALDER Diss. cit. §. 23. et 24.

67) Pet. MÜLLER ad Struvium Tom. I. Exerc. X. Th. 66. not. d. pag. 659. CARPZOV P. III. Const. 15. Def. 53. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 4. Ferd. Christoph. HARPPRECHT Diss. de cautione iuratoria. §. LV. (Dissertation. academ. Vol. I. Disp. VI. pag. 227.) HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. I. §. 708.

Stande ist<sup>68)</sup>. Der Cautionsbetrag richtet sich übrigens nach dem Werthe des Vermögens<sup>69)</sup>. Ist die Caution erloschen, so muß eine neue Sicherheit geleistet werden<sup>70)</sup>. Nach der Meinung der Practiker muß diese Caution in dem Gericht bestellt werden, in dessen Bezirk das Vermögen des Abwesenden liegt<sup>71)</sup>, von welchem denn auch wohl die Bestellung oder Bestätigung des Curators selbst für dieses Vermögen geschehen muß<sup>72)</sup>.

§. 1397. c.

Art der Verwaltung dieser Curatel. Ist der Curator zur jährlichen Rechnungsablegung verbunden?

Zum Beweis, daß die deutschrechtliche Curatel über das Vermögen der Abwesenden keine gewöhnliche, nach

68) *G. Jo. a SANDE* Decision. sur. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 8. pag. 202. (edit. Groning. f.) *BARDILI* Curator honor. absentis. Th. XXVII. *Pet. MÜLLER* ad *Straviam* Exero. X. Th. 66. not. 8. Nr. VIII. und *Kreittmayr* Bemerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. (München 1791. 8.)

69) *SMALCALDER* Diss. cit. §. 22. *Just. Claprotch* summar. Proceffe. §. 219. und *Pfeiffer* S. 246. ff.

70) *BARDILI* Diss. cit. Cap. VII. Th. 27.

71) *CARPOV* P. III. Const. XV. Def. 52. *BARDILI* Diss. Curator honor. absent. Cap. VII. §. 26. *SMALCALDER* cit. Diss. §. 25.

72) *STRÖCKER* Diss. cit. de nullitate alienation. hereditatis absentis. §. XI. et XIII. *Riccivs* Spicileg. iuris Germ. §. 482. pag. 632. *ENGAU* Diss. de cura absent. pag. 6. von *Kreittmayr* Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 549. (München 1791. 8.) und *Just. Claprotchs* summarische Proceffe. §. 219.

den Grundfäßen des Röm. Rechts und der Reichsge-  
setze zu beurtheilende Realcuratel ist, wird ferner

6) eine der erheblichsten Verschiedenheiten in der  
Art der Verwaltung, und der in Beziehung  
hierauf dem Curator zustehenden Rechte an  
dem Vermögen des Abwesenden gefunden<sup>73)</sup>. Die  
gemeine Real-Curatel ist bloß Verwaltung eines fremden  
Vermögens im eigentlichsten Sinne. Der Curator muß  
hier über die Verwaltung jährlich Rechnung ables-  
gen, und hierbey nicht nur die unverminderte Erhaltung  
des ihm überlieferten Capital-Bestandes, sondern  
auch die zweckmäßige Verwendung der Nutzungen  
nachweisen. Er hat von seiner Verwaltung keinen wei-  
tern Vortheil, als der ihm etwa als angemessene Ver-  
geltung seiner Dienstleistungen gesetzlich oder vom Gerichte  
zugebilligt ist. Der deutschrechtliche Curator hingegen,  
welcher in das Vermögen des Abwesenden als desselben  
präsumtiver nächster Erbe ist eingewiesen worden, be-  
trachtet dieses Vermögen als sein eventuelles Eigenthum.  
Er verwaltet daher dasselbe sowohl zu seinem, als zu  
des Abwesenden Nutzen, ja mehr noch aus eigenem In-  
teresse, weil die Unwahrscheinlichkeit der Rückkehr des  
Abwesenden einen factischen Grund der Anordnung die-  
ser Curatel ausmacht, und diese mithin nur als fürsorg-  
liche Maasregel für den möglichen Fall jener Rückkehr,  
für welchen auch die Caution geleistet wird, zu betrach-  
ten ist. Neque enim admittuntur curatores absentium,  
sagt Crell<sup>74)</sup>, nisi hi diutius abfuorint, ut

73) S. Pfeiffers practische Ausführungen. 2. Bd. S. 247. ff.

74) Diss Quando curator absentis heredes neque propin-  
quos a successu excludat? §. 2, in fin.

de vita ipsorum cum ratione dubitetur. In tantâ incertitudine sufficit, *cavere* curatores de restituendis bonis hereditariis et fructibus bonorum, si *absens aliquando* revertatur, aut appareat, hereditatem *ad alios* meliori iure pertinere.

Die Verwaltung dieser Curatel kommt nun zwar mit einer jeden andern darin überein, daß der Curator das ihm übergebene Vermögen des Abwesenden wie ein guter Haushalter zu verwalten, und für dessen Erhaltung zu sorgen hat, mithin für *dolus* und *culpa* haften muß <sup>75)</sup>, auch nichts davon veräußern darf, als etwa diejenigen beweglichen Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, dahingegen jede andere Veräußerung, welche auch ein anderer Curator nicht vornehmen darf, hier ebenfalls nichtig ist <sup>76)</sup>; so wie denn auch der Curator den Abwesenden durch Klagen und Einreden vertreten kann <sup>77)</sup>. Allein die Eigenthümlichkeit der Ausübung dieser Curatel äussert ihre Folgen vorzüglich darin, daß der Curator, der als präsumtiver Erbe mit der Vermögensver-

75) Die meisten Rechtsgelehrten verpflichten ihn, wie jeden andern Verwalter fremder Güter, zur *culpa levis praestatio*. S. ROSENFELD Diss. de administrat. honor. absentis. §. 10. STRECKER Diss. de nullitate alienat. hereditat. absentis. §. 18. SMALCALDER Diss. de his, qui disparuerunt. §. 26. Allein BARDILI Diss. de curat. honor. absentis §. 31. in fin. behauptet, der Curator honorum absentis dürfe nur für *dolus* und *culpa lata* haften, arg. L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid.

76) S. BARDILI Diss. cit. Cap. VII. Th. 30 — 38. STRECKER Diss. de nullitat. alienat. hereditat. absentis. §. 23. et 24. und SMALCALDER Diss. cit. §. 27. — §. 30.

77) BARDILI §. 39. et 40. und SMALCALDER §. 31.

waltung beauftragt ist, nicht so, wie ein gewöhnlicher Curator, zur jährlichen Rechnungsablegung verpflichtet ist <sup>78)</sup>. Er ist nur erst in dem unerwarteten Falle der Zurückkunft des Abwesenden, und zwar nur diesem allein, Rechnung abzulegen verbunden <sup>79)</sup>. Nicht alle Rechtsgelehrten sind zwar hierin einverstanden. Mehrere <sup>80)</sup> wollen auch von dem Curator der Güter eines Abwesenden jährliche Rechnungsablegung, so wie bey jedem andern Curator, erfordern. Allein sie gehen dabey von der Voraussetzung aus, daß die Curatel der Abwesenden eine gewöhnliche Real-Curatel sey, welche lediglich

78) S. vorzüglich Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. Band. S. 248. ff.

79) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 55. und das daselbst mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Schöpfungstuhls vom J. 1632, Ge. BAYER Delienat. iuris German. Lib. I. Cap. XXVII. §. 47. pag. 127. Jo. Frid. EISENHART Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 8. Jo. RAD. ENGAU Elem. iuris Germ. §. 487. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. BRÄUNING Diss. de iure honor. absentis. §. 5. Car. Christoph. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 710. nr. II. Wilh. Aug. Fried. Danz. Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts 7. Bd. §. 633. S. 185. u. a. m.

80) ROSENFELD Diss. de administrat. honor. absentis §. 10. Claproth summar. Proceffe §. 223. Westphal teutsch. Privatrecht. 2. Th. Abh. 51. §. 3. und das daselbst angeführte Gutachten Nr. 77. nr. 14. S. 154. KIND Diss. de success. in bona absent. §. 4. et 5. Morz Diss. de cura honor. absentis. §. VII. von Zangen Beiträge zum teutschen Rechte. 2. Th. §. 76. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 379. (der 3. Ausgabe.)

nach den Vorschriften des römischen Rechts und der Reichsgesetze beurtheilt werden müsse. Man hat aber nicht bedacht, daß die deutschen Reichsgesetze, welche den Vormund zur jährlichen Rechnungs-Ablegung verbinden, von Abwesenden gar nichts sagen, sondern nur für die Vormundschaft über Pupillen und Minderjährige Vorschriften enthalten; eine analoge Anwendung derselben auf die Curatel der Abwesenden, als ein bloß durch den Gerichtsgebrauch gebildetes Institut, wegen der besondern Beschaffenheit desselben <sup>81)</sup> nicht Statt finden könne. Denn eben darauf ist ja, wie Ge. Ludi

81) Kreittmayr a. a. D. S. 550. sagt, „das Röm. Recht weiß von dieser Specie curatela nichts, sondern sie ist *in-uris mere consuetudinarii*, jedoch sowohl in, als außer Deutschland aller Orten recipirt.“ Ein Beyspiel giebt der *Code Napoleon* Artic. 120. Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens, qui appartenaient à l'absent, au jour de son départ, ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration. — Art. 125. La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse, ou qu'on ait de ses nouvelles. Man vergleiche über diese Stellen les *Pandectes françaises*. Tom. III. (à Paris 1803. 8.) pag. 25. et pag. 34. und Jac. von Maleville *Commentar über das Gesetzbuch Napoleons* übersetzt von Wilh. Mander d. a. Bd. (Cöln 1808. 8.) S. 135. ff. und S. 140. ff.

wig Böhmer \*) sagt, die Cautionsleistung, unter welcher diese Curatel den Rechten nach übertragen wird, und die daher dem Curator auf keinen Fall, selbst dem Begüterten nicht, wenn er sie nicht durch Verpfändung seiner Güter leistet, erlassen werden kann, berechnet, daß der Curator nicht nur das ihm anvertraute Vermögen des Abwesenden wohl verwalte, sondern auch, wenn derselbe wieder erscheinen sollte, darüber Rechnung ablege, und dieser gemäß das noch übrige Vermögen herausgebe.

§. 1397. d.

Kann sich der Curator honor. absentis die Früchte, oder einen Theil derselben zueignen?

Ob nicht die Art der Verwaltung bey dieser Curatel sich von der bey der gemeinen Realcuratel auch darin unterscheidet, daß der als Curator zugelassene Präsumtiv-Erbe während der Curatel die Nutzungen, oder wenigstens einen Theil derselben sich zueignen könne, darüber läßt sich ein eben so entschiedener Gerichtsgebrauch aus den Zeugnissen der Practiker nicht entnehmen. Natürlich ist wohl zunächst darauf zu sehen,

Ba) Aelteresene Rechtsfälle. 3. B. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. nr. 26. S. 8. Auch das Oberappellationsgericht zu Hesse-Cassel erkannte, daß, weil die über das zurückgelassene Vermögen eines Abwesenden dessen präsumtiven nächsten Erben gegen Cautio zu übertragende Curatel als ein durch den Gerichtsgebrauch eigenthümlich gebildetes, von den Curatelen des Röm. Rechts in mehrfacher Hinsicht abweichendes, Rechtsinstitut sich darstellt, der Curator des Abwesenden zu einer jährlichen Rechnungs-Abgabe nach dem erwähnten Gerichtsgebrauche nicht verbunden sey. S. Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. B. S. 261. f.



was die Praxis eines jeden Landes mit sich bringt <sup>83)</sup>. Wie aber, wo diese nicht entscheidet? Sollte nun etwa derjenige, welcher als präsumtiver nächster Erbe das Vermögen des nun wieder erschienenen Abwesenden verwaltet hat, über alle Nutzungen desselben Rechnung ablegen, und also die Früchte sämmtlich mit dem Vermögen erstatten? Nach den Grundsätzen der gemeinen Real-Curatel wäre es freylich nicht anders. *Сарпов* <sup>84)</sup> sagt auch wirklich: *Nec enim proprietas, nec usus-*

83) Eine merkwürdige Verordnung findet sich darüber im *Code Napoléon* §. 127. *Ceux qui, heißt es daselbst, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre, que le cinquième de revenu, s'il reparait avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparait qu'après les quinze ans. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra.* Das Gesetz unterscheidet also, ob sich der Abwesende noch binnen 30 Jahren, von der Zeit an gerechnet, da er nichts mehr von sich hören ließ, wieder einfindet, oder ob er erst nach einer Abwesenheit von 30 Jahren zurückkommt. Im letzten Falle soll der Curator von den erhobenen Nutzungen gar nichts herausgeben dürfen. Im dem ersten Falle aber nur einen bestimmten Theil der Nutzungen, nämlich ein Fünftheil, wenn er binnen 15 Jahren, und ein Zehntheil der jährlichen Nutzungen, wenn er nach 15 Jahren, jedoch noch vor dem dreißigsten Jahre wieder erscheint. Man vergleiche über diesen Artikel vorzüglich *Grolman's ausführl. Handbuch über den Code Napoléon. 1. Bd. S. 493. ff.* Diese Bestimmungen müssen auch noch in den deutschen Ländern gelten, wo der *Code Napoléon* eingeführt ist. *S. Brauers Erläuterungen über den Code Napoléon 1. Bd. S. 131. f.*

84) *Jurispr. for. P. III. Const. 15. Definit. 55. nr. 3.*

fructus bonorum ipsi datus est, sed cura et administratio, quae necessitatem rationum reddendarum habet annexam. In et sagt: diesem Grundsatz in Folge, ganz bestimmt<sup>85)</sup>: Satisfactionis effectus, ut et ipsius curae bonorum in hoc potissimum consistit, ut revertente eo, qui diu absens fuit, restituatur proprietas bonorum una cum fructibus perceptis. Solent enim fructus tanquam accessiones omnimodo sequi causam domini. L. 35. §. 1. D. de Rei Indic. At quid si fructus ipsa bona superent? Nihilominus eos deberi puto. Dies ist auch die Meinung der meisten Rechtsgelehrten<sup>86)</sup>, daß der Curator zur Berechnung und Erstattung aller gewonnenen Früchte verbunden sey, wenn sie auch den Capitalbetrag des Vermögens übersteigen sollten. Erwägt man indessen, daß denn doch kein Grund abzusehen ist, warum der, welcher den provisorischen Besitz der Güter des Abwesenden, als präsumtiver nächster Erbe desselben, erhalten hatte, die Verwaltung derselben von so vielen Jahren her unentgeltlich geführt haben sollte; erwägt man ferner, daß wenn man den Curatoren der Abwesenden die Verbindlichkeit aufliegen wollte, nicht nur über die Verwaltung des Capitalbestandes sondern auch der Nutzungen eine genaue Rechnung vor Gericht abzulegen, dieselben, auch davon

85) Cit. loc. Definit. 56.

86) BARDILI cit. Diss. Th. 44. SCHMALCALDER Diss. cit. §. 35. EISENHART Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 9. Claprotb summarische Processse. §. 224. S. 311. HOFACHER Princip. iuris civ. Tom. I. § 710. Nr. II. Carl Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß ausserhalb des Concurses. (Leipzig 1817. 8.) 10. Kap. §. 6. S. 116.

abgesehen, in welche Rechnungs-Schwierigkeiten sie dadurch verwickelt, ja durch die Erstattung der Früchte von so vielen Jahren vielleicht gar zu Grunde gerichtet werden würden, vor denen, welchen die Curatel als ein manus civile übertragen worden, nicht nur nichts voraushaben, sondern sich selbst in einer nachtheiligeren Lage, wie diese, durch die ihnen unbedingt obliegende Cautions-Leistung zu einem das ganze ihnen überlassene Vermögen bedeckenden Betrage, befinden würden; erwägt man endlich, daß der deutschrechtliche Curator honorum absentis aus dem Grunde eines präsumtiven nächsten Erbrechts in den Besitz der Güter des Abwesenden von der Obrigkeit selbst ist eingewiesen worden, mithin die ihm übertragene Curatel gewissermaßen im eignen Namen, und aus eigenem Interesse verwaltete; so scheint die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten<sup>87)</sup>, welche den Curator einem bonae fidei possessor gleich, nur zur Restitution derjenigen Nutzungen, welche zu der Zeit, da das Vermögen von dem zurückgekommenen Abwesenden zurückerfordert wird, noch vorhanden sind, gehalten wissen wollen, sowohl der Billigkeit, als dem allgemeinen Character unserer deutschrechtlichen Curatel nicht uneigentlich zu entsprechen. Lenzler<sup>88)</sup> geht noch weiter. Er nimmt es als unzweifelhaft an, daß der nächste Präsumtiv-Erbe, dem die Verwaltung des Vermögens des Abwesenden war übertragen worden, immittelst alle

87) S. besonders Pfeiffer's pract. Ausführungen 2. Th. S. 250 — 253. Man vergleiche auch Somorum Meditatione de cura honor. absentis. §. XVI.

88) Meditat. ad. Pand. Specim. XCVII. medit. 1.

Früchte desselben beziehe, welches vielleicht mit dem Grundsatz des ältern deutschen Rechts zusammenhängt, nach welchem der Vormund den Nießbrauch von den Gütern seines Pflegbefohlenen hatte <sup>89)</sup>, welches aber doch auch nicht als gemeinrechtlich behauptet werden kann <sup>90)</sup>. Darin sind jedoch die Rechtsgelehrten <sup>91)</sup> einverstanden, daß wenn der Abwesende, nachdem er bereits für todt, und seine Güter für vererbt erklärt worden, wieder zurückkehrt, und sich gehörig legitimirt, derselbe wegen seiner Abwesenheit in den vorigen Stand zu setzen, und ihm seine Güter nebst den Nutzungen, jedoch nur soviel davon noch vorhanden, oder der Besitzer durch die Consumtion reicher geworden ist, herausgegeben werden müssen. Denn der Besitzer erscheint hier als ein bonae fidei possessor, weil er sich mit Recht für den Erben halten konnte, da er gerichtlich dafür anerkannt worden ist. Der nun wieder zum Vorschein gekommene Verschollene kann also sein Vermögen in keinem andern Zustande reclamiren, als in welchem er es findet, und keine andere Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen, als welche sich aus der Natur einer res universalis, als

89) Sachsenspiegel Buch I. Art. 23. S. HEINECCIUS Elem. iuris Germ. Tom. I. Lib. I. §. 353 et 354. von Bülow Abhandlung. des Röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 284.

90) Mittermaier Grundf. des deutsch. Privatrechts §. 365. a. E.

91) Jo. Henr. de BERGER Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. not. 11. in fin. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCV. medit. 26. SMALCALDER Diss. cit. de his, qui disparuerunt. §. 31. EISENHART Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 9. Claproth summarische Prozesse. §. 225. Daase über Edictalladungen. Kap. 10. §. 7. S. 121.

Gegenstand der Herausgabe, erzeugen, oder doch durch den Ausspruch der natürlichen Billigkeit ergeben<sup>91)</sup>).

§. 1397. e.

Todeserklärung und Beerbung des Verschollenen.

Endlich unterscheidet sich die deutschrechtliche Curatel über das Vermögen eines Abwesenden auch noch 7) in Rücksicht des Zeitpuncts, mit dessen Eintritt der Abwesende für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden darf. Das Römische Recht knüpfte die Vermuthung für das Verstorbensseyn des Verschollenen an die Erreichung eines Alters von hundert Jahren, als das höchste Ziel menschlichen Lebensalters. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat einen andern Zeitpunct für diese Vermuthung bestimmt. Dieser gründet sich auf das gewöhnliche, selbst in der Bibel<sup>92)</sup> ausgesprochene, Ziel des menschlichen Lebens,

91) Eben dieses ist auch in mehreren heutigen Gesetzgebungen sanctionirt. S. allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 847. u. 848. Oesterreich. bürg. Gesetzbuch 1. Th. 4. Hptst. §. 278. *Code Napoléon*. Art. CXXXII. S. Maleville Commentar 1. B. S. 145. *Loché Esprit du Code Napoléon*. Tom. II. pag. 486. *Les Pandectes françaises ad h. Art.* Tom. III. pag. 51. sqq. und *Gröfman Handbuch über den Code Napol.* 1. Bd. S. 540. ff.

92) Psalm XC. V. 10. Hiermit stimmen auch die Aussprüche der alten griechischen Philosophen und Theologen überein. S. *DIOGENES LAERTIUS in Solone*. Segm. 55, u. *CLEMENS ALEXANDRIN. Strom.* VI. Man vergl. auch *HERRMAN* i *Biblioth. miscellap.* Hamburg. Vol. I. P. IV. und *HOMMEL Diss. Septuagenarius absens factus quando mortuus praesumatur? Lipsiae 1752.*

welches in einem Alter von 70 Jahren besteht<sup>94)</sup>. Hat also der Verschollene dieses Alter erweislich zurückgelegt;

94) Nach mehreren Landesgesetzen ist jedoch der Zeitpunkt der Todeserklärung auch noch nach der Dauer der Verschollenheit bestimmt, das ist, nach dem Ablauf von gewissen Jahren der Abwesenheit, nämlich bald von 10, bald von 15, bald von 20, bald von 30, bald 40 Jahren, in welchen der Abwesende Nachricht von seinem Leben und Aufenthalte den Verwandten oder der Obrigkeit zu geben unterlassen hat. Nach dem Preuss. Landrechte Th. 2. Tit. 18. §. 823. kann auf die Todeserklärung des Abwesenden angetragen werden, wenn binnen zehn Jahren von dem Leben oder Tode desselben keine Nachrichten eingegangen sind. Dieser Zeitraum soll jedoch, wenn der Abwesende vor erreichter Grossjährigkeit verschollen ist, erst von dem Tage an gerechnet werden, wo er majorenn geworden ist. Ist der Abwesende erst im oder nach dem 65. Jahre seines Alters verschollen; so kann er (§. 830.) schon nach Verlauf von 5 Jahren für todt erklärt werden. Ist aber das Alter, in welchem der Abwesende vermisst worden, nicht bekannt, wohl aber eine gegründete Vermuthung, daß er damals noch minderjährig gewesen sey, vorhanden; so muß, ehe mit der Todeserklärung verfahren wird, nach §. 831. ein 15 jähriger Zeitverlauf abgewartet werden. In Sachsen ist ein Zeitraum von 20 Jahren bestimmt, binnen welchen der Abwesende von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht gegeben hat. Wäre er aber auch noch nicht 20 Jahre lang abwesend, er hätte aber das 70ste Jahr seines Alters erreicht, oder im Fall er erst nach zurückgelegtem 65ten Jahre weggegangen ist, der Ablauf von 5 Jahren, welche von Zeit der Entfernung an gerechnet werden, hinzugekommen ist; so soll die Präsumtion des Todes als begründet angesehen werden. S. Sächsisch. Mandat die Verkürzung der *curae absentium*, und deren Vermögensadministration betreff. vom 13. Nov. 1779. und das Mandat die *Edictalcitation*

so tritt nach dem deutschen Gerichtsgebrauche die rechtliche Vermuthung seines Todes ein, und er kann nur

in Civilsachen ausserhalb des *concursus creditor.* betr. S. WIRSAND Diss. de cura honor. absentis. §. 12. Nach dem bürg. Gesetzbuche für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie 1. Th. §. 24. soll der Tod eines Verschollenen vermuthet, und die Todeserklärung nachgesucht werden, 1) wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von 80 Jahren verstrichen, und der Ort seines Aufenthalts seit 10 Jahren unbekannt geblieben ist; 2) ohne Rücksicht auf den Zeitraum von seiner Geburt, wenn er durch 30 volle Jahre unbekannt geblieben; und 3) wenn er im Kriege schwer verwundet worden, oder wenn er auf einem Schiffe, da es scheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr gewesen ist, und seit der Zeit durch 3 Jahre vermisst wird. S. von Zeiller Commentar 1. Bd. S. 124. ff. Die Gesetzgebung des Code Napoléon Art. 129. bestimmt den Zeitpunkt der Todeserklärung ebenfalls nach einer doppelten Rücksicht, einmal nach dem Lebensalter des Verschollenen, und dann, wo diese Rücksicht nicht entscheiden sollte, nach der Dauer der Verschollenheit. Sind nämlich nach der provisorischen Einweisung der auf den Todesfall Berechtigten dreißig Jahre verstrichen, oder würde der Verschollene schon vor dem Ablaufe dieser Zeit, das hundertste Lebensjahr zurückgelegt haben; so sind die Eingewiesenen berechtigt, zu verlangen, daß die provisorische Einweisung durch das Gericht für definitiv erklärt werde. S. Grolman's Handbuch über den Code Napoleon. 1. B. S. 526. ff. Mehrere particuläre Rechte haben angeführt Morz Diss. de cura honor. absentis. §. 12. KIND in Diss. de successione in bona absentium. §. 10. Carl Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß ausserhalb des Concurfes. (Leipzig 1817. 8.) Kap. X. §. 1. u. ff. S. 101 — 119. und Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 513.

für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden. Diese Todeserklärung hat nun nicht nur das Erlöschen der Curatel über den Abwesenden zur Folge, sondern auch in Absicht auf das Vermögen desselben den entschiedenen Einfluß, daß die Verlassenschaft desselben denjenigen zuerkannt werden kann, welche nach eingetretener Präsuntion des Todes des Verschollenen das nächste oder ein gleiches Erbrecht haben 95). Dieses Erbrecht erstreckt sich denn insbesondere auch auf Vermächtnisse und Erbschaften, welche vor begründeter Vermuthung des Todes dem Abwesenden angefallen sind, sofern sie nur von der Art sind, daß die Erben des Verschollenen überhaupt darauf Anspruch zu machen berechtigt sind, und daher auch unter die Curatel gezogen werden konnten 96). Sind sie erst nach eingetretener Präsuntion

95) S. vorzüglich Haase über Edictalladungen 10. Kap. 10. §. 7. — §. 12.

96) Denn so lange der Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, wo der Verschollene für todt erklärt werden kann, wird rechtlich vermuthet, daß derselbe noch am Leben, mithin etwas zu erwerben fähig sey. Es muß nur, soviel 1) die Vermächtnisse betrifft, welche dem Abwesenden angefallen sind, von solchen unbedingten Vermächtnissen die Rede seyn, welche ipso iure auf die Erben des Legatars übergehen, dafern dieser nur um einen Augenblick den Erblasser überlebt hat. *L. 5. pr. et §. 1. D. Quando dies legator. (XXXVI. 2.) L. 77. §. 3. L. 80. D. de legat. II. (XXXI.) L. an. §. 1. et 5. C. de caduc. tollend. (VI. 51.)* S. Schöner Meditacion. de cura honor. absent. §. XII. und Haase über Edictalladungen. Kap. 10. §. 8. Not. 67. S. 126. 2) In Rücksicht der Erbschaften aber, welche dem Verschollenen während seiner Abwesenheit angefallen sind, nur insofern als entweder der Erbe nach deutschen Rechten



des Todes dem Verschollenen angefallen, so haben die Erben desselben, so weit nicht etwa auf diese jener Vor-

ipso iure durch den Tod des Erblassers in Ruß und Gewehr derselben gesetzt wird, vermöge der Parömie, der Todtè erbt den Lebendigen, und dieser zu Folge der Erbe die auch nicht angetretene Erbschaft auf seine Erben transmittirt, oder ein römisch-rechtliches Transmissionsrecht Statt findet. Die Ansichten der Rechtsgelehrten sind hier jedoch verschieden. Einige meinen, wenn der Curator des Abwesenden diese Erbschaften für ihn in Empfang und Verwaltung genommen hat, so sey mit Grund zu behaupten, daß solche denjenigen, welche dem Abwesenden beerben, zufallen. Denn der unter gerichtlicher Auctorität bestellte Vormund vertrete die Stelle desselben, und müsse also sein Bestes in jeder Hinsicht, folglich auch in Rücksicht angefallener Erbschaften besorgen. Diese Meinung sollen auch die Gesetze begünstigen. Denn so sage Ulpian *L. 7. pr. D. de Bonor. possessio. (XXXVII. 1.)* Nam et *absenti et non petenti* dari *honorum possessio potest, si hoc ipsum Praetor non ignoret.* So lehren Claprotb in den summarischen Processen §. 224. und Haase über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. 10. §. 6. Not. 42. S. 118. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß nach dem Civilrecht eine Erbschaft durch einen Curator nicht erworben werden kann. *L. 90. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.* Nach dem prätorischen Rechte kann nun zwar eine *Bonorum possessio* auch durch einen Andern in unserm Namen erworben werden. Allein hat Jemand für mich die *B. P.* gesucht, dem ich keinen Auftrag dazu gegeben habe; so hängt die Gültigkeit derselben von meiner Ratihabition ab. Sterbe ich also vor der erfolgten Genehmigung, so kommt sie meinem Erben nicht zu statten. Denn mein Erbe kann nicht ratihabiren, *cum ad eum non transeat ius honorum possessionis*, wie Ulpian *L. 3. §. 7. D. de Bonor. possess.* sagt. S. BARDILI Diss. de curat. honor. absentia. Th. 34. et 35. Dagegen un-

theil durch die eigne Verfügung des Testirers erstreckt

terscheidet Schöner in Meditat. c. 1. zwischen Intestat- und testamentarischen Erbschaften. Jene sollen nach dem deutschen Rechte keine Antretung erfordern, sondern durch die bloße Delation erworben werden können. Diese könne also auch der nächste Erbe des Verschoffenen fordern. Ein ganz anderes Verhältniß finde bey testamentarischen Erbschaften Statt. Solche Erbschaften könnten anders nicht, als durch Antretung derselben erworben werden. Zu dieser Antretung und Erwerbung sey aber nur derjenige befugt, dem dieselbe für seine Person deferirt worden ist. Hat sie also der Abwesende nicht angetreten, so habe er sie auch nicht auf seine Erben transmittirt, vermöge der auch in Deutschland angenommenen Regel: *hereditas non adita non transmittitur*. Da solche Erbschaften nicht zu dem Vermögen des Abwesenden gehören, so müßten sie denen gegen Cautionsleistung zur Verwaltung überlassen werden, welche sie erhalten würden, wenn der Abwesende gar nicht existirte. Allein auch diese Ansicht ist nicht außer Zweifel. Zwar ist nicht zu läugnen, daß nach dem ältern deutschen Rechte allerdings die Intestaterben, als die nächsten Verwandten des Erblassers, die ihnen angefallene Erbschaft ipso iure erwarben, und also keiner weitem Erbschafts-Antretung bedurften, um die Erbschaft auf ihre Erben zu transmittiren, nach der bekannten deutschen Parömie: der Todte erbt den Lebendigen, oder wie dieselbe in der französischen Sprache ausgedruckt wird: *le mort saisit le vif*. Es soll damit angedeutet werden, daß in dem Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft nicht nur deferirt, sondern auch erworben werde, ohne schon selbst im Besitze zu seyn, so daß also der Zeitpunkt der Delation von dem der Acquisition auf keine Weise zu trennen sey, mithin vermöge dieser Parömie keine *hereditas iacens* existire. S. Wilh. Ed. Albrecht die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts dargestellt. (Rönigsberg 1828. 8.) S. 6. und Rud. von Sydow

seyn sollte, darauf keinen Anspruch<sup>97)</sup>. Uebrigens haben

Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücks. auf die verwandten Quellen. (Berlin 1828. 8.) §. 54. Es hat sich auch dieses alte deutsche Recht in manchen besondern Stadtrechten erhalten. S. Runde Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 687. (nach der 8. Aufl. Göttingen 1829) und Mittermayers Grundfätze §. 414. Daß nun an solchen Orten, wo dieses Recht noch besteht, Schorcks Ansicht ihre Richtigkeit habe, hat keinen Zweifel. Allein eben so bekannt ist es auch, daß jetzt in Deutschland auch bey Intestaterbschaften die Grundfätze des Röm. Rechts als Regel befolgt werden, wie auch Runde a. a. D. und selbst SCHORCK a. l. not. 3. pag. 25. sq. bemerkt hat, Man sehe auch REINWARTH Select. Observation. ad *Christinaeum*. Vol. IV. Obs. 32. und Jo. Frid. PISL Diss. de translatione honorum absentis. Cap. I. §. 29. et 30. Wo also jenes alte deutsche Recht nicht mehr gilt, sondern bey angefallenen Erbschaften das Röm. Recht gemeinrechtlich geworden ist, da könnten etwa nur noch die Grundfätze von der Transmission einer Erbschaft vermöge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anwendung kommen, argum. L. 86. D. de acquir. vel omit. hered. (XXIX. 2.) S. Marezoll von den so genannten Transmissionsfällen §. II. in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde, Marezoll, und von Weninger-Jungenheim. 2. Bdes. 1. Heft. S. 77. ff. Vergl. auch Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 247. Nach dem *Codex Napoléon* Art. CXXXVI. würde jedoch der Erbe noch erst beweisen müssen, daß der Abwesende wirklich den Anfall der Erbschaft erlebt, und also, wenigstens für die Transmission genügend, erworben hatte; sonst bleibt die dem Abwesenden angefallene Erbschaft ausschließlich bey denjenigen, mit welchen derselbe sonst die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, oder welche er ausgeschlossen

unter den Erbinteressenten selbst, die Vertrags- oder demnächst die testamentarischen Erben den Vorzug vor den Intestaterben, denn ihr Recht auf die Verlassenschaft ist nach den gemeinen Grundsätzen von der Erbfolge zu beurtheilen<sup>97)</sup>, woben, soviel die Testaments-Erben betrifft, zu bemerken ist, daß das Testament des Abwesenden in der Regel nicht früher eröffnet werden darf, als bis die Präsomption des Todes wirklich eingetreten ist<sup>98)</sup>, wosern nicht etwa das Testament noch vor eingetretener Todes-Vermuthung durch Zufall eröffnet, und auf diese Art der Testamentserbe früher bekannt geworden seyn sollte, welcher denn auch vor den Intestaterben zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden gelassen zu werden mit Recht verlangen kann<sup>100)</sup>. Un-

haben würde. S. LOCKÉ *Esprit du Code Napoléon*. Tom. II. pag. 496 sqq. (a Paris 1806. 8.) und GROLMANS *aussf. Handbuch über den Code Napol.* 1. B. S. 573 — 593. Dieß gilt denn auch in den Ländern Deutschlands, wo der Code Napoléon eingeführt ist. S. BRAUER'S *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzog-Badische bürgerl. Gesetzgebung*. 1. Bd. S. 240. ff.

- 97) S. HAAFE über *Edictalladungen und Edictalproceß*. Kap. X. §. 8. S. 137.
- 98) S. KIND *Diss. de successione in bona absentium* §. 13. und HAAFE *Kap. IX. §. 5. S. 99.*
- 99) S. de BRONN *Oecon. iuris* Lib. II. Tit. IV. Th. 19. Not. 5. b. HAUBOLD *ad Eundem* not. v. Tom. I. pag. 411. HOMMEL *Rhapsod. Quaest. for.* Vol. I. Obs. 107. pag. 169. (edit. IV. *Byrathi* 1782. 4.) und HAAFE über *Edictalladungen und Edictalproceß*. Kap. X. §. 10. S. 131.
- 100) S. de CANNGISSER *Collect. Decision. Hasso-Cassellan.* Tom. I. Decis. CXXI. nr. 8. pag. 597. und *Claprot's*

ter den Intestaterben entscheidet zwar die Nähe der Verwandtschaft, aber getheilt sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, nach welchem Zeitpunkt diese Nähe zu beurtheilen sey <sup>1)</sup>. Einige meinen, es sey auf die Zeit zu sehen, da das Leben des Abwesenden zweifelhaft zu seyn angefangen habe, und ihm deswegen ein Curator über sein Vermögen bestellt worden sey. Denn wenn gleich ein Verschollener nicht eher, als nach vollendetem 70sten Jahr für todt erklärt werden könne, so folge doch daraus nicht, daß er erst in diesem Jahre, und nicht früher wirklich gestorben sey. Mein gestorben seyn, und für todt erklärt werden, sey wesentlich verschieden. Es sey vielmehr, nach vollendetem 70sten Lebensjahre, anzunehmen, der Abwesende sey schon damals gestorben, als er verscholl, und von seinem Leben keine weitere Nachricht zu erhalten gewesen ist. Man sucht diese Meinung besonders durch die Berufung auf *L. 10. pr. D. de captivis et postlim. re-*

summarische Processu. §. 220. a. C. S. 305. S. auch oben die Not. 36. S. 266. f.

- 1) S. Christ. Heinr. Gottl. Röchy: Wem ehe ist der Tod eines Abwesenden bey dem Mangel des nöthigen Beweises rechtlich zu vermuthen? und von welcher Zeit an sind die von seinem Tode abhängigen rechtlichen Wirkungen zu berechnen? in Desselben Meditationen über die interessant. Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Nr. XXIII. S. 299 — 323. F. C. Gesterding über die Vermuthung des Todes der Verschollenen (in Desselben Ausbente von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmateriaen. 1. Th. (Greifswalde 1826. 8.) S. 338 — 344. und *Car. Frid. WALCH* Introd. in contr. iur. civ. Seco. I. Cap. I. §. 6. pag. 48. (edition. noviss.) Jenae 1819.)

vers. zu unterstützen, wo von einem in die Kriegsgefangenschaft gerathenen Römer, der nicht wieder zurückgekommen ist, gesagt werde: *iam tunc decessisse intelligitur, cum captus est.* Es werde ihm also, wie man zu sagen pflegt, *ex tunc* succedirt, d. h. wer damals das nächste Recht zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden hatte, der habe jetzt das nächste Recht dem Abwesenden zu succediren. Dieß ist auch unsers Hellfelds Meinung, und diese Ansicht findet man in mehreren Urtheilsprüchen und Rechtsgutachten ausgeführt<sup>2)</sup>; sie wird aber jetzt fast überall verworfen, da sie von einem ganz unrichtigen Grundsatz ausgeht, wie besonders von Elfässer<sup>3)</sup> gezeigt worden ist. Es müssen hier schlechterdings zwey Zeitpuncte genau unterschieden werden, Erstens derjenige, während dessen noch für das Leben des Verschollenen vermuthet wird, und Zweytens derjenige, wo die Vermuthung seines Todes eintritt. So lange es nun ungewiß ist, ob der Ab-

2) Vergl. SCHILTER PRÄX. iur. Rom. Exerc. XV. §. 77. not. a. CRELL. Diss. Quando curator absentis heredes aequae propinquos a successu excludat? §. 4. a WÄHNHERR Select. Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. Joh. Lud. Schmidts öffentl. Rechtsprüche. S. 15. ff. besonders S. 23. a. E. — 25. Ge. Lud. Böhmers außerlesene Rechtsfälle. 3. Bdes. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. S. 7 — 10. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrf. 5. Bd. Erört. XLVIII. S. 223. f.

3) In den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4. B. Nr. XI. S. 123. S. 171. Um das Argument aus der *L. 10. de captiv.* zu widerlegen, hätte Elfässer nur noch die schlagende *L. 4. Cod. de postlim. reversis* benützen sollen.

wesende noch lebe oder todt sey, muß angenommen werden, er lebe noch. Es kann also zwar von Anordnung einer Curatel die Rede seyn, und diese nach der Nähe der Verwandtschaft regulirt werden, aber noch von keiner Erbfolge, nach der Regel: *viventis nulla est hereditas*. Da nun aber die Zeit des Todes bey Verschollenen unbekannt ist, so muß der Zeitpunkt eintreten, wo der Tod des Abwesenden rechtlich vermuthet wird, weil ja die Folge nicht früher eintreten kann, als die Ursache. Diese Vermuthung beginnt aber erst mit dem vollendeten 70sten Jahre des Abwesenden. Dieß ist also auch der Zeitpunkt, nach welchem die Nähe der Verwandtschaft bey der nun erst rechtlich möglichen Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden zu beurtheilen ist <sup>4)</sup>. Die Erbschaft kann mithin nur denjenigen rechtlich zuerkannt werden, welche zur Zeit der eingetretenen Todes-Vermuthung die nächsten sind. Dieß ist die Ansicht der meisten heutigen Rechtsgelehrten <sup>5)</sup>. Sie stim-

4) §. 6. *J. de legit. agnat. success.* (III. 2.)

5) S. a. LEBER *Meditat. ad Pand.* Vol. II. Specim. XCVI. medit. 9. HOMMEL *Rhapsod. Quaestibn. for.* Vol. I. Obs. 107. KIND *Quaestion. forens.* Tom. I. Cap. 64. der 2ten Ausgabe (Cap. 65. der ersten.) WALCH *Controv. c. l. Röschy Meditationen* S. 313. ff. Carl Fried. von DALWIGL *pract. Erörterungen außerlesener Rechtsfälle.* (Hannover 1823. 4.) *Erbrt.* V. S. 196 — 216. PFEIFFER *pract. Ausführungen* 2. Bd. S. 254. f. von BÄLOW *Abhandlungen über einz. Materien des Röm. bürg. Rechts.* 1. Th. S. 285. GESTERDING *angef. Abhandl. in der Ausbeute.* 1. Th. S. 341. f. HAASE *über Edictal-Verordnungen.* Kap. X. §. 11. S. 132 — 136. EICHORN *Einleitung in das deutsche Privatrecht.* §. 325. Ritter-

men daher darin überein, daß die Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden nicht ex tunc, d. h. nach dem Zeitpunkt der Verschollenheit, oder wo ihm die Curatel gesetzt ward, sondern ex nunc, d. h. nach dem Zeitpunkt des präsumtiven Todes desselben zu reguliren sey. Für diese Meinung, welche allerdings der Rechtsanalogie und der Natur der Sache am meisten entspricht, habe ich mich auch schon an andern Orten <sup>6)</sup> erklärt, worauf ich mich hier der Kürze wegen beziehen will.

Es entsteht nur noch die Frage, ob bey der successio ex nunc die Erbfolge schon gleich nach eingetretener Zeit der Todesvermuthung, oder erst nach erfolgter Todeserklärung bestimmt werde? Auch darüber wird gestritten. Das Letztere hat besonders Gesterding <sup>7)</sup> zu behaupten gesucht, und ihm scheint auch zum Theil Zimmern <sup>8)</sup> beizustimmen. Eben dieses ist Eichhorn's <sup>9)</sup> Meinung. Das Erstere behaupten hingegen Mittermaier <sup>10)</sup> und Schweppe <sup>11)</sup>. Nach jener Ansicht soll es auf die Vermuthung des

m a i e r Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 397. (der 3ten Ausgabe) Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Th. §. 61. (der 4ten Ausgabe)

6) S. den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 496. und meine hermeneut. syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 2.

7) Angef. Abhandl. in der Ausbeute. 1. Th. S. 342. ff.

8) In den Jahrbüchern der jurist. Litteratur von Schund. 5ten Bandes 1. Heft S. 10.

9) Deutsch. Privatrecht. §. 325.

10) Grundf. des deutsch. Privatrechts. §. 397.

11) Das Röm. Privatrecht. 1. Th. §. 61. S. 149. (der 4. Ausg.)



Todes gar nicht ankommen<sup>12)</sup>. „Die richterliche Todeserklärung mache eines Theils eine Rechtsvermuthung des Todes überflüssig, andern Theils aber würde es auch einer solchen Erklärung gar nicht bedürfen, wenn die Gesetze schon durch eine Vermuthung der Ungewißheit über Leben und Tod ein Ende gemacht hätten. Ja wie ließe sich einmal, gäbe es eine solche Vermuthung, die Maßregel einer öffentlichen Ladung rechtfertigen, die an Jemanden gerichtet wäre, von welchem, den Gesetzen zu Folge, anzunehmen ist, er sey schon gestorben.“ Von dem Augenblick der Todeserklärung sey dann auch der Tod des Verschollenen zu datiren; der Richter, könne man sagen, sey es, der ihn durch seinen Ausspruch tödtet.

Allein dagegen ließe sich wohl noch, die Frage aufwerfen, ob denn eine Todeserklärung ohne vorher begründete Todesvermuthung denkbar sey? Ist denn nicht jene bloß von dieser abhängig, wie kann sie also die rechtlichen Folgen derselben hinauschieben? Sobald die Todesvermuthung mit dem Ablauf der bestimmten Zeit eingetreten ist, wird die Erbschaft dem defertirt, der jetzt das nächste Recht darauf hat, er sey Vertrag-, Testaments- oder Intestaterbe. Dieses Anfallsrecht darf dem Erben durch den richterlichen Ausspruch nicht beeinträchtigt werden. Der Ausspruch, wodurch der Abwesende für todt erklärt wird, ist ja bloß declaratorisch. Denn es wird dadurch nur die Vermuthung des Todes bestätigt. Die Todeserklärung kann also in ihren Folgen nicht mehr Kraft haben, als die Todesvermu-

12) Gesterding. a. a. D. S. 342. ff.

thung selbst, welche aus den Ablauf der bestimmten Zeit entsteht. Kame es nicht sowohl auf die Vermuthung des Todes, als vielmehr auf die Todeserklärung an; ja machte sie wirklich eine Rechtsvermuthung des Todes unnöthig; so könnte ja der Richter den Zeitpunkt, wo die Todesvermuthung gesetzmäßig eintritt, zum Nachtheil der Erben nach Willkühr ändern, und verlängern, weil die Erfahrung lehrt, daß die Todeserklärung öfters erst lange nach eingetretener Todesvermuthung erfolgt. Der Grund, als lasse sich die Maßregel einer öffentlichen Ladung nicht rechtfertigen, wenn es eine solche Vermuthung gäbe, nach welcher den Gesetzen zu Folge anzunehmen, derjenige, an welchen sie gerichtet ist, sey schon gestorben, beseitiget sich von selbst. Denn man vergesse doch nicht, daß der Verschollene nur präsumtiv und bis zum Beweis des Gegentheils für todt gehalten wird. Da nun die Vermuthung nothwendig der Wahrheit weichen muß, und es doch vielleicht möglich wäre, daß der Verschollene, wenn er auch schon 70 Jahre alt seyn sollte, doch noch leben könnte; so wird zum Ueberfluß noch eine Edictalladung verfügt. Nothwendig aber sie nicht, wo sie nicht Landesgesetze vorschreiben, welches aber nur in dem Falle für nöthig gehalten wird, wo ein kürzerer, als der gewöhnliche, Zeitpunkt zur Todesvermuthung festgesetzt ist<sup>13)</sup>. Eine Edictalladung wird zwar gewöhnlich verfügt, wenn Jemand verschollen ist, nämlich zu dem Behuf, um über sein Vermögen eine Curatel anzuordnen<sup>14)</sup>. Allein konnte schon damals, als der Ab-

13) S. z. B. das Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 833. vergl. mit §. 828 — 831.

14) Es wird daher in diesem Falle der Edictalladung nur

wesende verscholl, durch die erlassene Edictalladung von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht weiter eingezogen werden; so ist dieß noch weniger zu der Zeit zu hoffen, da derselbe nach erreichtem Alter von 70 Jahren für todt erklärt werden kann. Es ist daher sehr ungeschicklich ausgedruckt, wenn es heißt: der Richter tödte den Verschollenen durch seinen Ausspruch<sup>1)</sup>, denn man bedenke doch, daß dieser Ausspruch, wie bereits bemerkt worden, bloß declaratorisch ist. Der Richter bestätigt nur durch sein Decret, daß der Abwesende nun vermöge rechtlicher Vermuthung für todt zu halten sey, so daß es also im Ganzen gleichviel ist, ob man sagt, Jemanden für todt achten, oder für todt erklären, obwohl jenes mehr auf die

die Androhung beygefügt, daß das Vermögen des Abwesenden im Ausbleibungsfalle zur Verwaltung übergeben werden solle. Die gewöhnliche Verwarnung der bevorstehenden Todeserklärung, wofern sie das besondere Landesgesetz nicht vorschreibt, wird nicht von allen gebilliget. S. Claprotth's summarische Prozesse. §. 223. S. 308. a. E. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. bemerk. XVI. S. 76. ff. Die Edictalladung kann auch hier als unnöthig erscheinen, wenn diejenigen, die als nächste Präsumtiv-Erben auch das nächste Recht zur Curatel haben, durch beglaubte Nachrichten darzuthun im Stande sind, daß sie sich alle Mühe gegeben, den Aufenthalt des schon viele Jahre Abwesenden zu erfahren, ihre Bemühungen aber vergeblich gewesen wären, wie von Quistorp a. a. D. S. 78. a. E. bemerkt hat.

- 15) In der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 4. B. S. 427. heißt es: „dieser fast komische Satz dürfte, in seinen Folgen wohl erwogen, die Unhaltbarkeit dieser Ansicht des Verf. klar genug erheben.“

Bermuthung des Todes, dieses aber mehr auf den Ausspruch des Richters, daß die Wirkung jener Bermuthung eingetreten sey, folglich die Curatel nun aufhöre, und die Beerbung Statt finde, sich zu beziehen scheint <sup>16</sup>).

Noch ist zu bemerken, daß wenn einer der Intestaterben die Zeit, wenn der Abwesende wirklich mit Tode abgegangen ist, auf eine glaubwürdige Art darthun könnte, die Bermuthung der Gewißheit nachstehen, und die Erbschaft demjenigen zugesprochen werden müsse, welcher zur Zeit des wirklichen Todes des Verschollenen sein nächster Verwandter war <sup>17</sup>).

§. 1392.

Beendigung der Curatel.

Die Curatel hat theils Beendigungsgründe mit der Tutel gemein, theils eigenthümliche. Von dem ersten ist schon an einem andern Orte <sup>18</sup>) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß sich auch die *cura impuberum*, der Grund ihrer Anordnung sey, welcher er wolle, nach dem Röm. Rechte eben so, wie die Tutel der Unmündigen selbst, mit der Pubertät

16) Mit mir stimmen überein HOMBEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. KIND Diss. de successione in bona absentium. §. 13. HAASE über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. X. §. 7. Not. 47. S. 120. und SCHWEPPE Röm. Privatrecht 1. Band. §. 61. S. 149. (der 4. Ausgabe.)

17) KIND cit. Diss. §. 13. und HAASE über Edictalladungen. Kap. X. §. 12. S. 136. ff.

18) S. Th. XXXI. §. 1353. S. 129 - 160.

entlege<sup>19)</sup>. Der Mündel mußte also nach dem Eintritt der Pubertät um einen andern Curator bitten<sup>20)</sup>. Auch wenn der Tutor wegen einer notwendigen Reise in öffentlichen Angelegenheiten abwesend seyn muß, und es wird dem Mündel an seiner Stelle ein Curator gegeben, so bleibt derselbe, wenn der Tutor nicht wieder zurückkommt, bis zur Pubertät<sup>21)</sup>.

Hier ist nur von solchen Beendigungsgründen die Rede, welche der Curatel und den verschiedenen Arten derselben eigenthümlich sind, und in der Person des Curanden ihren Grund haben<sup>22)</sup>. Man pflegt hier die Regel aufzustellen, die Curatel endet sich, sobald der Grund ihrer Anordnung aufhört<sup>23)</sup>. Allein die Frage ist, ob dazu ein abgelaufenes Decret erforderlich werde, oder nicht? Die Frage hat vorzüglich Einfluß auf die Gültigkeit der Handlungen des Curanden. Man kann sagen, in der Regel sey kein Decret erforderlich, sondern die Curatel hört auf, sobald der Grund derselben wegfällt. So erlischt 1) die Curatel der sogenannten preßhaften Personen, d. h. solcher, welche an einem fortwährenden Gebrechen, oder

19) L. 1. C. Quando tutor. vel curatores esse desin. (V. 60.)

20) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 3. (Vol. II. pag. 248. edit. noviss. Norimb. 1805. 8.)

21) L. 25. D. de tutor. et curat. dat.

22) L. 12. D. de tutelis.

23) DONELLUS Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 8. ist hier sehr unbefriedigend.

24) S. VON Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtsfällen 2. Th. §. 322.

an einer langwierigen Krankheit leiden, und 2) die deutsche Curatel unverheyraetheter Frauenspersonen, wenn Beyde ihren Curator nicht weiter verlangen. 3) Die Curatel der Abwesenden aber, wenn der Tod des Verschollenen entweder rechtlich bewiesen, oder der rechtlichen Vermuthung nach anzunehmen ist, oder der Abwesende zurückkehrt. Ein Decret ist in allen diesen Fällen nicht erforderlich. Die Todeserklärung bey Verschollenen hat bloß die Beendigung der Curatel zur Folge. Ferner 4) die Curatel der Minderjährigen durch die erreichte Volljährigkeit, oder durch Großjährigkeitserklärung, von welcher schon an andern Orten <sup>24)</sup> gehandelt worden ist. 5) Die Cura verstandloser Personen soll sich nach dem neuern Röm. Rechte <sup>25)</sup> erst mit dem Tode derselben endigen. In lichten Zwischenräumen kann zwar der Curand selbst handeln, die Curatel selbst aber ist nicht aufgehoben, sondern nur in Rücksicht der Verwaltung suspendirt. Da in solchen Zeiten der furiosus eben so handeln kann, als ob er gar keinen Curator hätte; so kann man in dieser Beziehung mit Ulpian *L. 1. pr. D. h. t.* wohl sagen, der furiosus sey nur so lange in der Curatel, bis er den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat: *quod si evenerit, ipso iure definit esse in potestate curatoris.* Der Curator soll nur insofern bleiben, als nachher kein neuer Curator braucht ernannt zu werden, sondern der vorige wieder in sein Amt eintritt, wenn der Zustand des Wahnsinns wieder zurückkehrt. Nur 6) bey der Cura der Verschwender ist es streitig. Ulpian verbindet beyde

24) S. den Commentar Th. 2. §. 130. S. 226. und Th. 31.

§. 4363. a. S. 144. ff.

25) *L. 6. C. de curat. furiosi vel prodigi.*

in einem Sage. *Et tam diu erunt AMBO in curatione*, sagt er, *quam diu vel furiosus sanitatem, vel ILLE sanos mores receperit: quod si evenerit, IPSO IURE desinunt esse in potestate curatorum.* Daraus haben mehrere Rechtsgelehrte <sup>26)</sup> folgern wollen, daß bey Beyden in Rücksicht des Aufhörens der Curatel gleiche Rechte Statt finden. Ulpian wolle nämlich mit den angeführten Worten soviel sagen: „Wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehren; so höre die Curatel über Beyde ipso iure auf. Nach einigen soll sie dann ganz aufhören <sup>27)</sup>. Andere <sup>28)</sup> aber wollen dieses nicht so verstehen, als ob bey einer totalen Besserung des Verschwenders derselbe ipso iure, und ohne ein richterliches Decret, von der potestas seines Curators befreit werde. Dieß würde dem Geist der Gesetze widersprechen. Den Worten: *ipso iure*: sey vielmehr der Sinn unterzulegen,“ sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden habe, so sey anzunehmen, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel ipso iure aufhöre. Denn auch ein Verschwender könne sogut, wie ein furiosus, dem er gleichgestellt werde, lichte Zwischenräume haben. Bey einem Verschwender sey zwar die untrügliche Kenntniß eines interimistisch zurückgekehrten vernünftigen Willens ungleich schwerer, als bey einem Rasenden, weil der Abstand der Handlungsweise eines Rasens

26) G. DONELLUS c. I. GORDDARUS de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 163. und Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12. S. 92. ff.

27) 3 B. DONELLUS III. 22. in fin. und GORDDARUS c. I.

28) Hoppe a. a. D.

den. von der eines Vernünftigen zu groß ist, als daß man nicht bey veränderter Handlungsweise die zurückgekehrte Vernünftigkeit erkennen sollte. Diese Kenntniß sey also nur aus der Handlung zu entnehmen, die das unverkennbare Gepräge der Vernünftigkeit an sich trägt. Eine solche Handlung sey zum Beispiel das Testament. Daher müsse auch ein Verschwender eben so gültig testiren können, wie ein Rasender zur Zeit eines lichten Zwischenraums. Allein die meisten Rechtsgelehrten <sup>29)</sup> sind jetzt darin einverstanden, daß die bloße Besserung, wenn sie sich auch in einzelnen Handlungen aussprechen sollte, die Curatel über den Verschwender weder ganz,

29) *Franc. DUARENUS* Comment. in Tit Dig. de Verb. Obligat. ad L. 6. h. t. (*Oppert.* pag. 730.) *Jo. VOBEL* Comm. ad Pand. h. t. §. 7. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Recederem* Tom. II. *Opp.* pag. 590. *DOMAT* les Loix civiles dans leur ordre naturel Tom. II. Livr. II. Tit. II. Sect. I., §. 12. pag. 69. (*a Paris* 1695. 8.) *Ulr. HUBER* Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 5. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. *POTHIER* Pand. Justinian. h. t. Nr. XVI. not. g. pag. 168. *Bav. VOORDA* Thes. controvers. Dec. XXVIII. §. 10. pag. 388. *Ant. SCHULTING* Notae ad Dig. Tom. IV. ad L. 1. h. t. pag. 505. *Bernh. Herr. RHEINOLDBA* Varior. Cap. 41. (*in Opusc. iurid. a JUVENRO editis. Lugd. Batav.* 1755. 8. pag. 227—230.) *L'hibaut* Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 546. *Wackelben* Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. 2. Bd. §. 592. *MÜHLENBRUCH* doctr. Pand. Vol. II. §. 340. Nr. II. *Gesterding* Cura prodigi. §. 1. in der Ausbeute von Nachforschungen. 1. Th. S. 55. *Zimmern* Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 251. S. 952. *Puchta* Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtsfachen. 2. Theil. §. 322. S. 443.



noch in den Zeiten aufhebe, wo diese Handlungen vor-  
 genommen worden sind; sondern, so wie bey der Anord-  
 nung der cura prodigi der verschwenderische Lebens-  
 wandel zuvor durch gerichtliche Untersuchung außgemittelt,  
 und dem Verschwender durch obrigkeitliches Decret die  
 Verwaltung seines Vermögens müsse untersagt werden;  
 eben so höre auch die Curatel über den ökonomisch wer-  
 benden Verschwender anders nicht auf, als wenn die  
 Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung das Interdict  
 wieder aufhebt, und ihm die Selbstverwaltung seines  
 Vermögens wieder gestattet. Wenn nun auch Ulpian  
 L. 1. cit. sagt, prodigum, si sanos mores receperit,  
*ipso iure* desinere in potestate curatoris esse, so  
 schließt dieß keinesweges die richterliche Untersuchung, und  
 das Decret der Obrigkeit aus. Denn ob sich der Ver-  
 schwender wirklich gebessert habe, beruht auf Thatsachen,  
 und setzt eine Untersuchung der Obrigkeit voraus. Hat  
 sich nun aus dieser Untersuchung eine wahrhaft ökonomi-  
 sche Lebensbesserung des Prodigus ergeben; so hört  
 der Prodigus *ipso iure* auf, in der potestas seines  
 Curators zu seyn, wie Ulpian sagt, welches nun wohl  
 vernünftiger Weise keinen andern Sinn haben kann, als  
 den, daß nun die Curatel über den Prodigus, selbst nach  
 dem strengen Civilrecht, ja selbst den Gesetzen  
 der zwölf Tafeln zu Folge, aufzuheben, und die  
 Obrigkeit nun zur Zurücknahme der Interdiction, und  
 also zur Aufhebung dieser cura genöthiget sey. Do-  
 mat<sup>80)</sup> sagt daher ganz richtig: Quoiqu'il soit vrai,  
 que la resipiscence mette le prodigue et l'insensé  
 en état de reprendre le soin de leurs affaires; il

30) Cit. loc. Tom. II. pag. 69.

De curator. furiosorum et alii est rationes datis. 309

est nécessaire. À l'égard du prodigue, que comme il est interdit au justice, il fasse de bien l'interdiction, tant pour la décharge de son curateur, que pour la sûreté de ceux qui auront traité avec lui. *Ulpianus in libro 12. de iudic. §. 1. ait: Ulpianus in illis verbis ipso iure non magis decretum Praetoris excludere potest, quam quum Iureconsulti ajunt: lege prodigo bonis interdicti, ipse Praetoris interdicto non esse opus existimare; statui potest.* Ulpianus in eadem L. 4. h. t. ait: *Lege XII Tabularum prodigo interdicitur honorum suorum administratio, et in L. 5. §. 1. D. de acquirenda vel omitt. hered. Eum, cui LEGE bonis interdicitur.* An ergo Praetoris nullae sunt partes, cum Lege ipsa interdicitur? Nunquam id existimavit Ulpianus. Nam *Fragm. Tit. 12. ait. Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.* Lex vult prodigis bonis interdici, et si interdictum sit, eorum curationem pertinere ad agnatos. Eiusdem legis sententia est, ut is, qui prodigus amplius haud sit, nec curatorem habeat. Lege ergo is, cui bonis erat interdictum, si sanos mores receperit, non cogitur amplius esse in curatione. *Lege ipsa a curatione liber est, modo Praetori fides sit facta de recuperata morum sanitate, atque ille decreto suo id declaraverit.* Ab hoc decreto interposito quidquid is, cui bonis interdictum fuerat, etiam absque curatore gesserit, id firmum ratumque est, quamvis eo decreto Praetor non jusserit diserte, ei bona restitui, et cura-

31) Opuscul. pag. 229. seq.

tor ipse nondum restituerit. Nam decreto etiam his verbis pronuntiato: *Videri eum ad sanos mores redisse*, ipso iure curatio cessabat, atque ius bona sua administrandi dominus recipiebat. Uti ergo interdicto interposito curatio prodigi pertinet ad agnatos: ita et si pronuntiarit Praetor, *fidem sibi de sanis moribus receptis factam, statim cessat curatio, lege XII Tabularum ita volente.*

Uebrigens nimmt das Römische Recht bey Verschwendern nicht so, wie bey wirklichen Verstandlosen, sichte Zwischenzeiten an.

Lib. XXVIII. Tit. I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

§. 1399.

Einleitung. Litteratur.

Mit diesem 28sten Buche der Pandecten beginnt, nach Justinians Eintheilung derselben in septem partes, der fünfte Theil, welcher die Lehre von der hereditas testamentaria enthält. Er wird daher de testamentis genant 22). Nur dieses testamentarische Erbrecht ist es, welches einen jetzt noch zu erörternden wichtigen Gegenstand dieses Commentars ausmachen wird, weil ich die Lehre von der Intestaterbfolge sowohl nach Alterm als neuerem Römischen Rechte schon in einer eigenen bekannten Schrift dargestellt habe. Die allgemeinen Begriffe und Grundsätze von Erbrecht überhaupt sind auch schon an andern Orten 23) von mir vorgetras

22) C. Constitut. Tanta de confirmat. Digestor. §. 6.

23) C. den 6. Th. dieses Commentars §. 536 — 543. und die Intestaterbfolge. §. 1.

gen worden. ~~Von diesen hier auszugehen,~~ würde also eine höchst unnütze Wiederholung seyn. Uebrigens ist das Erbrecht sowohl überhaupt als insonderheit das testamentarische, nicht nur von den ältern, sondern auch vorzüglich von den neuern Rechtsgelehrten mit großem Fleiße bearbeitet worden. Die vorzüglichsten Schriften sind.

1) Zur Geschichte dieser Rechtslehre.

Eduard Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung; auch unter dem Titel: Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischen. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. 1. Bd. Berlin 1824. 8. 2. Bd. Berlin 1825. 3. Bd. Stuttgart und Tübingen 1829. Dieser 3. Band hat auch den Titel: Das Erbrecht des Mittelalters von E. Gans. Stuttgart und Tübingen 1829. 8.

Dr. Carl von Savigny Beitrag zur Geschichte des Römischen Testaments in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 1. Bd. Berlin 1815. S. 78—95. Ferner Derselben Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. S. 82. ff. und 2. Bd. S. 182—186.

Dr. G. H. Derenburg Beiträge zur Geschichte der Römischen Testamente. Bonn 1821. 8. S. 1—100.

Spangenberg Beitrag zu der Lehre von Testamenten; im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Egid. von Eder, Wittenmayer und Thibaut. 5. Bd. S. 144—178.

Christ. Willh. Wauer Diss. de mutato & Constanti Mutamenti iuris civilis forma. Jenae 1823.

— **Herrn. Ch. Dittsen** Uebersicht der bisher. Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. (Leipz. 1824.) S. 320 — 342.

Ältere Literatur.

**Christ. THOMASII** Diss. de origine successionis testamentariae. *Halae* 1705. 4. **EJUSD.** Diss. Prima initia successionis testamentariae apud Romanos. *Ibid.* eod. 4. **EJUSD.** Diss. de sensu legis decemviralis testamentariae. *Ibid.* eod. 4.

**Jo. Gottl. HEINECCI** Diss. de origine testamentificationis, et ritu testandi antiquo ad L. 120. D. de Verb. Signif. *Franequ.* 1726. 4. (in *Opusculor. varior. Syllog.* (*Halae et Magdeb.* 1735. 4.) Exercit. XXVII. pag. 970 — 1003.)

**Jo. Henr. SUMMERMANNI** Conjecturar. de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos. *Specim. 1. Berolini* 1735. 4.

**Albert. Dietr. TREKELL** Tractatio de origine atque progressu testamentificationis, praesertim apud Romanos, cum praefat. **Ge. Christ. GEBAUERI.** *Lipsiae* 1739. 4.

**Jo. Joach. Gar. de BEANSTORF** Analecta historica ad doctrinam testamentorum. *Goetting.* 1775.

2) Exegetische Schriften.

**Jacobi CUJACII** Commentarii ad Tit. I — IV. huius Libri: (in *Operib.* quae de iure fecit, et ipse edi voluit. *Hanöblae* 1692. f. Tom. II. pag. 204 — 258.)

*Frano. DUARENI* Comment. in libr. XXVIII. — Lib. XXXV. Tit. 2. (in *Oppert. Francof.* 1592. f. pag. 312 — 575.)

*Viglii ZUCHEMI* Commentaria in decem titulos Institutionum, (ex Libr. II. Tit. 10 — 19.) quibus omnia penè testamentorum iura eleganter et dilucide explicantur. *Basiliae* 1534. f.

*Henr. Theod. PAGENSTECHER* in Sexti Pompeii Icti ad Sabinum de re testamentaria et de bonorum possessionibus libros quatuor Commentarius! *Lemgovlae* 1750. 4.

*Andr. Flor. RIVINI* Diss. Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias, in institutionibus Imp Justiniani repertas, et notis illustratas exponens, (auctor *Christph. Gottl. THILO*) *Vittembergae* 1752. 4.

*Ernst Christ. Westphals* Theorie des Röm. Rechts von Testamenten, deren Erblasser, und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. *Leipzig* 1790. 8. Derselben systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischn und petitorischn Rechtsmitteln. *Leipzig* 1790. 8.

*A. L. G. de REICHE* Commentatio ad titulum Pandectarum Lib. XXVIII. Tit. I. Qui facere possunt testamenta, et quemadmodum testamenta fiant. *Goettingae* 1796. 8.

### 3) Doctrinelle Schriften.

*Hug. DONELLI* Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 4 — 28.

Jo. VOEF Comm. ad Pand. ad Libr. XXVIII  
— XXXVI.

Lud. God. MADIHN Principia iuris Rom. de  
successionibus seu de iure hereditario. Edit. 2.  
Francof. ad Viadr. 1792. 8.

C. Siebenkees Abhandl. von Testamenten: Nürn-  
berg. 1791. 8.

Just. Claproth's Abhandlung von Testamenten,  
Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Aufl.  
Göttingen 1797. 8.

Joh. Ludw. Koch Versuch einer systemat. Dar-  
stellung der Lehre von dem testamentarischen Erbrechte.  
1. Th. Frankf. 1813.

Siegm. Wilh. Zimmern Grundriß des gemei-  
nen in Deutschland geltenden Erbrechts. Heidelberg  
1823. 8.

Adolph Carl Heinrich von Hartitzsch das  
Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten bearbeitet  
nach Haubold. Leipzig 1827. 8.

#### 4) Practische Schriften.

Säm. STRYK Tract. de cautelis testamentorum.  
Halae 1738. 4.

D. L. von Eichmann Versuch über die Behuts-  
samkeit beim letzten Willen. 2. Theile. Halle 1783. 8.

H. C. F. Bolley Drey und dreyßig Aufsätze über  
Testamente, Erbschafts- und andern Theilungen. Stutt-  
gart 1808. 8.

C. H. A. Punge theoretisch-practische Anleitung  
zur Abfassung letztwilliger Verfügungen. Lemgo 1810. 8.



5) Schriften, welche einzelne Materien des testamentarischen Erbrechts erörtern.

**J. PAGENSTECHE** *Discussiones testamentariae. Groening. 1703.*

**Christph. Frid. HARPPRECHT** *Lanx satura rerum ad testamentarias leges attinentium. Tubingae 1744. 4.*

**God. Dan. HOFMANN** *Observationes quaedam testamentariae. Tübingae 1754. 4.*

**Christ. Gotth. HÜBNERI** *Disputationum iuris civilis liber primus (insunt Disputationes testamentariae). Jenae 1806. 8.*

**J. A. Seuffert** *Erläuterung zu den Lehren des Erbrechts. Würzburg 1820.*

S. 1399. a.

**Begriff vom Testament. Erläuterung der L. 1. D. h. t.**

Die testamentarische Erbschaft, welche durch Testament deferirt wird, begründet immer eine directe Erbfolge, d. h. eine solche Art der Universal-Succession, da der Successor ohne Dazwischenkunft einer Mittelsperson in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbeneu nach desselben Tode eintritt, und desselben Person repräsentirt. Eine solche wird auch immer in den Gesetzen verstanden, wenn sie von einer hereditas sprechen. Daher sagt Justinian §. 2. *J. de codicillis* (II. 25.) *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque*

adiri potest: Nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. Also nur durch Testament kann die testamentaria hereditas bewirkt werden. Sie setzt aber ein gültiges Testament voraus, wenn dadurch die Intestaterbfolge ausgeschlossen werden soll.

Hierauf geht denn auch der Begriff vom Testament, der uns L. 1. §. 2. aus des Modestinus libro II. Pandectarum gegeben wird, welcher folgendermassen gefaßt ist: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* In den Institutionen Pr. de testam. ordinand. (II. 10.) sagt Justinian nur, woher die Benennung vom Testament zu leiten sey, wenn es daselbst heisst: *Testamentum ex eo appellatur, quod aestatio mentis est.* Diese Herleitung scheint nach Gellius<sup>34)</sup> von Servius Sulpicius entlehnt zu seyn, welcher sagte: *Testamentum verbum esse duplex, compositum a mentis contestatione.* Gellius tadelt ihn zwar deshalb; allein er sagt, doch selbst: *falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio.* Vollständiger als beyde, definiert Ulpian<sup>35)</sup> das Testament, wenn er sagt: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solenniter facta*<sup>36)</sup>,

34) Donellus Lib. VI. Cap. 4. §. 2, meint, es müsse nach den Worten quod quis, das Wort nostrum, ergänzt werden.

35) Noct. Atticar. Lib. VI. Cap. 12.

36) Fragm. Tit. XX, §. 1. G. Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antiqua pag. 627.

37) Die gemeine Lesart bey Ant. SCHULTING und Jo. CANNE-

ut post mortem nostram valeat. Die beiden letzteren Stellen kommen darin überein, ein Testament sey nach seiner Origination eine *testatio* oder *contestatio mentis*. Ob die Lesart *contestatio* bey Ulpian die richtige sey, ist zweifelhaft. Nach der Bemerkung des Charondas bey Anton Schulting<sup>38)</sup> lesen einige Handschriften *testatio*. Auch Joh. Cannegieter<sup>39)</sup> zieht die Lesart vor: *iusta quaedam testatio*.

Man sieht indessen, daß das Wort *testamentum* von *testari* herkommt, welches Wort sowohl bey den juristischen als nichtjuristischen Classikern ursprünglich eine zweyfache Bedeutung hat. Es heist nämlich 1) soviel, als Jemanden ein Zeugniß von Etwas geben. In dieser Bedeutung erklärt Theophilus<sup>40)</sup> die *testatio mentis* in der Stelle der Institutionen, wenn er sagt: *καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διαβολᾶς*: i. e. *etenim testimonium habet mentis defuncti*. Das Wort *testari* bedeutet aber auch 2) soviel, als Jemanden zum Zeugniß in einer Sache auffordern. Hierher gehört die Stelle aus den XII Tafeln, welche Gellius<sup>41)</sup> anführt: *Qui se sierit TESTARIER, libri-pensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*. Eben dieselbe Bedeutung hat

οἰσταν (vid. not. 39.) ist zwar *factum*; allein die richtigere Lesart *facta* hat Hueso in *iure civ. Antejust. Tom. I. pag. 57.*

38) Cit. loc. Not. 3. pag. 627.

39) Ad Domit. Ulpiani fragmenta. Tit. XX. §. 1. pag. 81.

40) Paraphr. Graec. Instit. ad Pr. de testam. ordin.

41) Noct. Atticar. Lib. XV. Cap. 13. in fin. Siehe auch Dirksen's Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 607 ff.

Qui testam. facere possunt, et quomodo. etc. § 9

nach, das Wort: *contestari* bey Justin *lib. v. 1* wo er sagt: *CONTESTARI est, cum uterque reus dicit: Testes estote.* *CONTESTARI LIBRA* dicitur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.* Bey der Bedeutung von *testari* liegen bey dem Röm. Begriff vom Testamentum (Grunde.) Daher: heist auch Ulpian *libro I. ad Sabinum. 13* die Testamentshandlung: eine *suprema contestatio*, und sagt, die Zeugen müssen beyseymen bleiben, bis die Handlung vollendet ist, und die bey dem Testamento per aes et libram üblich gewesene *mancipatio*, welche nach Ulpian <sup>42)</sup> darin bestand, daß der testator, *tabulas testamenti tenens*, also sprach: *Haec mihi in his tabulis certae scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quiritis testimoniam perhibetote*, wird ausdrücklich *TESTATIO* genannt.

So wie nun gewöhnlich der Name einer Sache eben aus dem, was sie ist, geschöpft wird, der Grund des Namens also mit dem Wesen der Sache identisch ist, so daß der Name die Sache vollständig ausdrückt, so nante man also auch im engern Sinne eine letztwillige Verfügung über das Vermögen, wodurch der Verfügende erklärt, wie es damit nach seinem Tode gehalten werden solle, nach der dabey vorkommenden Aufforderung von Zeugen ein Testament <sup>43)</sup>, gerade so wie

42) L. 20. §. 8. D. h. t.

43) *Fragm. Tit. XX. §. 9.* Bey den übrigen Mancipationen findet sich eine solche Aufforderung an die dabey vorkommenden Zeugen nicht. *G. Gaius Institut. Comment. I. §. 119. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 3.*

44) *G. CHARONDAS ad Ulpian. Tit. XX. not. 2. in Scroz. Glück's Erläut. d. Pand. 33. 2p.* E

man das Verfahren der Parthenen vor dem Magistrate (in iure) wegen der dabey vorkommenden Zeugenaufrufung, nach der oben vorgekommenen Stelle des Festus, *Litis contestatio* nantio, wenn gleich das Aufrufen der Zeugen mit der Formel: *Testas estote*, eigentlich nur einen Theil dieses Verfahrens abmachte.<sup>45)</sup> Allein das Testament hat nur von der *testatio mentis* seinen Namen. Es ist auch keine bloße *voluntatis honestae sententia*, sondern, wie *Modestinus* sagt, eine *iusta sententia*, oder, wie *Ulpian* sich ausdrückt, eine *mentis honestae iusta contestatio*. Daß der Ausdruck *iusta sententia* auf eine civilrechtliche Verfügung hindeute, im Gegensatz des *Codicill*, welches erst eine Erfindung späterer Zeiten ist, und nicht den *legibus populi Romani*, sondern den *moribus* seinen Ursprung verdankt, hat keinen Zweifel.<sup>46)</sup> Unstreitig hat *Modestinus* mit den Worten: *voluntatis iusta sententia* ein unterscheidendes Merkmal eines Testaments von einem *Codicill* ausdrücken wollen. Sehr richtig hat daher *Hugo Donellus*<sup>47)</sup> bemerkt, daß das Wort *iusta* mehr sagen wolle, als daß ein letzter Wille rechtsgültig seyn müsse, welcher ein Testament seyn soll. An sich hat es freylich seine Richtigkeit, daß nur eigentlich ein rechtsgültiges Testament diesen Namen verdiene. *Ulpian* sagt

TING Jurispr. Antej. pag. 627. und *Dernburg* west. Beiträge §. 3.

45) *S. Keller* über *Litis Contestation* und Urtheil. §. 1.

46) *Princ. J. de codicill.* (II. 25.) *S. Franc. DARENUS* ad L. 1. h. t. *Opp.* pag. 313. und *Schweppé* Röm. Rechtsgeschichte. § 440. Not. 2. S. 635.

47) *Commentar.* Lib. VI. Cap. 4. §. 2.

ed ausdrücklich *libro L. ad Edictam*<sup>48)</sup>: *Testamentum* autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; sed *abusus* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel infusa, vel irrita, vel rupta; itemque imperfecta solemus testamenta dicere. Allein Codicille sind ja auch rechtsgültige letzte Willensverfügungen. Dorellus meint daher, das Wort *iussum* habe hier eine doppelte Bedeutung: Es deute Theils auf den ritus sollemnis hin, mit welchem ein Testament errichtet wird, dergleichen ein Codicill nicht erfordert<sup>49)</sup>, theils auf die Vollständigkeit des Willens, denn ein Testament umfasse das ganze Vermögen des Testirend; es unterschede sich also auch darin vom Codicill, daß darin die Ernennung eines Erben geschieht, und eine *universi iuris successio* begründet wird. Am vollständigsten und richtigsten hat wohl die Worte des Modestinus: *voluntatis iusta sententia*; erklärt Petrus Parronius<sup>50)</sup>. Er sagt, die wahre Bedeutung derselben sey aus der *L. 4. h. t.* zu erklären, wo Gajus, aus dessen *libro II. Institutionum* diese Stelle entlehnt ist, lehrt:

Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertendum debemus, an is, qui fecit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

<sup>48)</sup> *L. 2. §. 1. D. Testam. quemadmod. aper. (XXIX. 3.)*

<sup>49)</sup> *§. 3. J. de codicillis. (II. 25.)* Codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

<sup>50)</sup> *Animadversion. et variar. Lectionum iuris civ. Lib. II. Cap. 21. (in Thes. iur. Rom. Ottonian. Tom. I. pag. 651. sq.)*

Soll also das Testament eine *iusta voluntatis sententia* seyn, so muß der Testirende: 1) die rechtliche Fähigkeit haben, ein Testament zu machen. 2) Das Testament muß den Regeln des Willensrechts gemäß errichtet werden. Es muß also a) die Erwennung eines rechtsfähigen Erben enthalten, und b) die gesetzlich vorgeschriebene Form beobachtet werden. Also *iusta sententia* heißt hier nicht bloß *solemnis*, wie Franz Auaréna<sup>51)</sup>, Lud. Charondas<sup>52)</sup> und Aldrich<sup>53)</sup> diesen Ausdruck erklären, wenn gleich Papinian *libro 4. Definitionum*<sup>54)</sup> sagt: *Testamentum non iure factum dicitur, ubi solennia iuris defuerunt*; denn der Ausdruck will hier mehr sagen; Es soll damit eine solche letzte Willensverfügung bezeichnet werden, welche alle Rechts-Erfordernisse eines Testaments hat, und den gesetzlichen Vorschriften von Testamenten gemäß errichtet worden ist<sup>55)</sup>.

Wenn Modestinus sagt: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia*; so will er durch das Wort *nostrae* zunächst andeuten, ein Testament müsse eine, von jedem fremden Einflusse freie Willensbestimmung seyn, die den bloßen freien, und eigenen Willen des Testirenden ausdrückt. Daher sagt der Kaiser Theodosius II. in seiner Novelle *de Testamentis*

51) Comment. ad L. 1. D. h. t. *Opp.* pag. 313.

52) Cit. loc.

53) Von Testamenten §. 6.

54) L. 1. D. *de iniusto, raptio, irrito facto testam.*

55) S. *Desid.* HERALDUS *Rerum et Quaestion. quoniam.* Cap. XVII. §. 15. und Jo. VERT *Comment. ad Pand.* h. t. §. 3.

v. J. 439<sup>56)</sup> sehr richtig: Illud quippe est proprie TESTAMENTUM, quod testantis meram obtinet voluntatem. Besonders äussert sich darüber Gajus libro I. de testamentis ad Edictum Praetoris urbani<sup>57)</sup> sehr bestimmt, wenn er sagt: Illa institutio: Quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter Veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, nec ex alieno arbitrio pendere. Es muß nur aber strenglich nicht: bey dem bloßen testiren wollen verbleiben. Denn die bloße Aeußerung, man wolle Jemanden zum Erben ernennen, ist noch kein Testament, weil ein Testament eine wirkliche Erbensetzung enthalten muß<sup>58)</sup>. Nach Duarenß Erklärung soll das Wort nostrae noch eine besondere Emphasis haben. Es soll auch darauf hindeuten, daß die testamentifactio ein Vorrecht der Röm. Bürger sey.

Wenn endlich Modestin sagt, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit; so soll damit angedeutet werden, daß bey dem Leben des Testirers Niemand aus dem Testament ein Recht erwerbe, sondern erst nach desselben Tode, mithin dasselbe, so lange der Testirer lebt, immer wieder aufgehoben werden könne<sup>59)</sup>. Ulpian hat

56) *Novellar. Theodosii II. Lib. I. Tit. 16. (in Hucio istr. civ. Antejustin. Tom. II. pag. 1254.)*

57) *L. 3a. pr. D. de heredib. instituend. (XXVIII. 5.)*

58) *L. 31. D. h. t. PAULUS libro V. Sententiarum. Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactaverit, a fisco occupari non possunt. G. Bestphal von Testamenten. S. 11.*

59) *L. 4. D. de adimend. legat. (XXXVI. 4.)*



dieses in seiner Definition noch deutlicher ausgedrückt, wenn er sagt: in id —, *ut post mortem nostram valeat*. Daher die Regel: *viventis nulla est hereditas*.

Nach dieser Erklärung ist also der Begriff von Testament im eigentlichen Sinne des Römischen Rechts so zu fassen. Testament ist eine nach Vorschrift der Gesetze eingerichtete letzte Willensverfügung, wodurch ein directer Erbe ernannt wird. In dieser Bedeutung unterscheiden sich Testamente von Codicillen a) darin, daß erstere gleich Anfangs als Gesetze galten. Sie waren *actus legitimi*, welche durch ein Gesetz des Röm. Volks bestätigt worden sind <sup>60)</sup>. Vielleicht daß Modestinus ein Testament, auch von dieser Seite betrachtet, eine *iusta voluntatis sententia* nennt, um sie von Codicillen zu unterscheiden. Denn diese waren nicht gleich Anfangs gültig, sondern erhielten ihre Gültigkeit erst nach und nach durch Gewohnheit aus Gründen der Billigkeit und um des gemeinen Nutzens willen <sup>61)</sup>. Sodann kann b) in Codicillen kein directer Erbe ernannt, noch substituirt, noch enterbt werden. Dieß ist nur dem Testamente eigen. Es sind hier einige Stellen merkwürdig, welche besonders auf den Unterschied zwischen Testament und Codicill hindeuten.

§. 34. *I. de legatis* (II. 20.) *Quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, — ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*

60) *L. 130. D. de Verb. Signif. Lege XII. Tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

61) *Pr. J. de codicill.*

Quitestam. facere possunt, et quemadmod. etc. 315

*L. 20. D. de iure codicillor. (XXIX. 7.)* PAULUS libro V. ad Legem Juliam et Papiam. — JULIANUS ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est; et magis codicilli, quam testamentum, existimandae sint. Et hoc puto rectius dici.

*L. 14. C. de testamentis. (VI. 23.)* Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. Achilleo. Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exhereditatio facta probant evidenter.

*L. 7. C. de codicillis. (VI. 36.)* Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P.P. Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi, ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. Dat. Pacatiano et Hilariano Cons. 332.

Das Wort *testamentum* hat jedoch noch einige andere Bedeutungen. Es wird auch oft für die Urkunde genommen, welche den letzten Willen eines Verstorbenen enthält, wie z. B. wenn von Eröffnung<sup>62)</sup>, oder Verfälschung, oder Unterschlagung eines Testaments die Rede ist<sup>63)</sup>.

Sodann bedeutet es auch zuweilen die testamentarische Erbschaft selbst, die durch Testament deferirt wird,

62) Vide Tit. D. Testamenta quemadmodum aperiantur. (XXIX. 3.)

63) *L. 2. D. de lege Cornelia de falsis. (XLVII. 10.)*  
*L. 16. et 17. C. eodem. (IX. 22.)* G. DUARENUS c. 1. pag. 314.

wovon Brissotius <sup>64)</sup> mehrere Beispiele <sup>65)</sup> angeführt hat. — Zuweilen wird aber auch das Wort Testament in einer so weiten Bedeutung genommen, daß darunter ein jeder letzter Wille verstanden wird, wie ich schon an einem andern Orte <sup>66)</sup> bemerkt habe.

Noch ist zu bemerken, daß in den Urkunden des Mittelalters das Wort testamentum in einer von der römischen ganz abweichenden Bedeutung nämlich von allen Gattungen brieflicher Urkunden, welche von Zeugen unterschrieben sind, gebraucht wird. So werden daher in den Urkunden des Mittelalters, Stiftungsbriefe, Lehnbriefe, Kaufbriefe, Freyheitsbriefe häufig testamenta genannt <sup>67)</sup>.

#### §. 1400.

Subject des Testaments. Erfordernisse der Willensbestimmung, und Willenserklärung.

Da ein letzter Wille eine bloß einseitige Disposition ist, so ist das Hauptsubject desselben der Testirer. Nach seiner Person ist daher alles zu beurtheilen, was auf Willensbestimmung Bezug hat. Er muß also 1) nicht nur wollen können, und daher das Bewußtseyn von sich haben, und bey sich seyn, sondern auch 2) den Willen, die Absicht und die Fähigkeit haben ein Testament zu

64) De Verbor. Signif. voo. Testamentum. nr. 2.

65) 3 B. L. ult. D. de honor. possess. sec. tabul. (XXXVII. 11.)

L. 14. D. de his, quae ut indign. (XXXIV. 9.)

66) S. den 6. Th dieses Commentars §. 542. S. 589.

67) Gr. Phil. Wils. Gerden vermischte Abhandlungen aus dem Lehr- und teutschen Rechte. 2. Th. (Hamburg und Güstrow 1777. 8.) Nr. 6. S. 121 — 126.

machen<sup>68)</sup>. Man nennt diese Fähigkeit ein Testament zu errichten, die active Testamentifaction, zum Unterschied der passiven, welche die Erbfähigkeit des im Testamente Bedachten betrifft<sup>69)</sup>. Wie nothwendig der Wille und die Absicht zu Testiren zur Gültigkeit eines Testaments sey, erhellet besonders daraus, weil selbst der Soldat, so sehr er auch übrigens bey Errichtung seines letzten Willens privilegirt ist, dennoch die bestimmte Absicht zu testiren erklärt haben muß, wenn sein Wille als Testament gelten soll. Die bloße discursive Aeußerung, wor einmal sein Erbe werden solle, gilt auch bey Soldaten nicht<sup>70)</sup>. Daher ist auch das Bersprechen, man wolle ein Testament machen, und darin Jemanden zum Erben einsetzen, an sich unverbindlich, wenn es auch acceptirt worden wäre<sup>71)</sup>. Ein Anders wäre, wenn der Erblasser einem Andern geradezu erklärt hätte, daß er nach seinem Tode sein Vermögen haben solle, und dieser es auch acceptirt hätte. Denn hier ist von keinem Testamente die Rede, eine solche Willenserklärung des Erblassers würde heut zu Tage als ein Erbvertrag gelten<sup>72)</sup>.

68) S. Meigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLII. §. 5. ff. S. 181. ff. und Schweppe Abm. Privatrecht §. 786. und 789.

69) §. 4. *J. de hered. qual. et different.* (II. 19.) L. 16. pr. *D. h. t.*

70) §. 1. *J. de testam. milit.* (II. 11.) L. 24. *D. eodem.* (XXIX. 1.)

71) L. 3r. *D. h. t.* S. Henr. God. BARR. Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias Valum. II. (Lipsiae 1821. 8.) Resp. 56. pag. 32. sq.

72) S. Joh. Lob. Cartachs rechtl. Erörterung der Frage: Ob

3) Es muß auch der letzte Wille vollendet <sup>73)</sup>, er muß verständlich <sup>74)</sup>, und mit Bestimmtheit gefaßt seyn <sup>75)</sup>, auch auf keinem Irrthum beruhen, ohne welchen die Disposition unterblieben wäre <sup>76)</sup>. Er muß endlich 4) von jedem fremden Einfluß frey <sup>77)</sup>, und auf eine solche Art erklärt, und errichtet seyn, daß er alle Erfordernisse eines gültigen Testaments hat. Denn nur ein gültiges Testament wird im eigentlichen Sinne ein Testament genannt <sup>78)</sup>.

man wohl aus einem bloßen Handschreiben eines Erblassers ein Erbschaftsrecht sich anmassen, und darauf klagen können? Halle 1774. 4.

73) L. 25. D. h. t. L. 9. C. eodem. (VI. 22.) L. 11. §. 1. D. XXXII de legat.

74) L. 2. D. de his, quae pro non scriptis habent. (XXXIV. 8.) und die Notariats-Ordnung Maximil. I. v. J. 1519. Tit. von Testamenten. §. 4.

75) L. 9. §. 9. D. de heredib. instituend. (XXVIII. 5.)

76) L. 9. pr. et §. 1. L. 92. D. de hered. instit. L. 28. D. de inoff. testam. L. 4. C. de hered. instit. (VI. 24.) L. 5. C. de testam. (VI. 25.) §. 4. J. de legat. (II. 20.) S. Schwegge Röm. Privatrecht §. 789. und 790.

77) L. 1. C. de sacrosanct. Eccles. (I. 2.) CONSTANTINUS. Nihil enim est, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

78) L. 2. §. 1. D. Testam quemadm. aperiunt. (XXIX. 3.) Auch QUINCTILIANUS Declamat. CCCVIII. sagt: Quid est enim testamentum? ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego testamentum, cui numerus signatorum deest: non dixerim testamentum, cui libripens et curator familiae, et cetera iure necessaria deerunt.

Schriftliches und mündliches Testament.

Ein Testament kann sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden. Man unterscheidet daher zwischen mündlichen (testamenta nuncupativa) und schriftlichen Testamenten, (testamenta scripta). Beide weichen aber nur in der Form, nicht aber in der Wirkung von einander ab. Zuweilen ist es zweifelhaft, ob das Testament ein schriftliches oder ein mündliches sey. Der Grund ist, weil die Rechtsgelehrten in ihren Begriffen nicht überkommen. Es kommt nicht bloß darauf an, ob bey der Testamentshandlung ein schriftlicher Aufsatß gebraucht worden ist, oder nicht. Dieß sind die unrichtigen Begriffe der ältern Rechtsgelehrten, welche Ferd. Aug. Hommel<sup>79)</sup>, mit Recht verworfen hat. Er selbst setzt den Unterschied darin, daß bey einem nuncupativen Testamente den Zeugen der Inhalt des Testaments mitgetheilt, bey einem schriftlichen aber der Inhalt den Zeugen verheimlicht wird. Allein der Testirer kann ja auch bey einem schriftlichen Testamente den Zeugen den Inhalt des Testaments wissen lassen? So führt Cicero<sup>80)</sup> ein Beyspiel von dem Architect Cyrus an, der ein schriftlich Testament gemacht, welches Cicero mit dem Clodius selbst obsignirt habe, und doch habe er die darin eingesetzten Erben den Zeugen offenbaret, testamentum autem palam fecerat, sagt Cicero. Eben dieses that Quintus Tubero bey

79) Diss. de scriptura, eiusque necessitate in testamento nuncupativo. Lipsiae 1729. §. XXV. pag. 29.

80) Orat. pro T. Annio Milone. Cap. 18. C. TABRELL de orig. et progress. testamentifact. §. 35. pag. 244.

Suetonius Tranquillus <sup>81)</sup>. Und wie, wenn der Testirer seinen letzten Willen einem der Zeugen dictirt, und die Zeugen nachher ersucht, diesen schriftlichen Aufsatz zu unterschreiben und zu besiegeln, den auch der Testirer selbst in ihrer Gegenwart unterschrieben hat? Wer wird läugnen, daß der Testirer ein schriftliches Testament errichtet habe, wenn er gleich den Zeugen den Inhalt desselben bekannt gemacht hat <sup>82)</sup>? Richtiger nennt Hofacker <sup>83)</sup> ein schriftliches Testament ein solches, bey dem die äußere Form in einem schriftlichen Aufsatz besteht, ein mündliches Testament aber ein solches, wodurch der Testirer einen Erben ohne Scriptur ernennet. Es kommt hierbey alles auf die Art und Weise an, wie der Testirer seinen letzten Willen während der Handlung des Testirens erklärt. Besteht diese Handlung, mittelst deren der Testirer seinen letzten Willen gesetzmäßig erklärt, in einem mündlichen Vortrage, so ist es ein mündliches Testament, besteht sie aber in der Vorlegung eines schriftlichen Aufsatzes, so ist das Testament ein schriftliches <sup>84)</sup>. Es ändert daher die Natur eines schriftlichen Testaments nicht, wenn solches auch mündlich den Zeugen bekannt gemacht worden; es ändert aber auch eben so wenig die Natur eines mündlichen

81) *In Julio. Cap. 83.*

82) *L. 31. pr. Cod. de testament. (VI. 23.) G. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1270.*

83) *Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1265. et 1266.*

84) *L. 31. pr. D. h. t. L. 58. pr. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) L. 31. pr. et §. 2. C. de testam. (VI. 23.)*

*L. 26. C. eod. Man vergleiche hier vorzüglich Christ. Gothk. Hänsch Disputation. iuris civ. (testamentar.)*

*Lib. I. Cap. 6. pag. 81.*

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 23

den Testamente, wenn solches nachher auch schriftlich wäre aufgesetzt worden, wenn nur in jenem Falle durch Vorlegung des schriftlichen Aufsatzes, in diesem aber durch den mündlichen Vortrag die Erklärung des letzten Willens vom Testator beabsichtigt wird. Der Testator kann auch beide Formen mit einander verbinden, welches den Vortheil hat, daß, wenn das Testament in der einen Form nicht besteht, es noch in der andern gelten kann<sup>85)</sup>. Man nennt dieses ein *testamentum mixtum*. Es muß nur der Testator nicht ausdrücklich erklärt haben, daß er nur in der einen Form habe testiren wollen. Denn gilt es nachher in dieser nicht, so ist das Testament ungültig, wenn es auch gleich in der andern bestehen könnte<sup>86)</sup>.

Von einem schriftlichen Testamente ist ein *testamentum nuncupativum in scripturam redactum* zu unterscheiden. Wenn nämlich der Testator seinen letzten Willen durch eine mündliche Erklärung etrichtet hat; so ist entweder derselbe nachher um des Beweises willen in eine schriftliche Urkunde verfaßt worden, oder nicht. In jenem Falle wird das mündliche Testament ein *Testamentum nuncupativum in scripturam redactum* genannt<sup>87)</sup>, in diesem aber ein *testamentum*

85) S. NETTELBLADT Diss. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. 3. et not. ad h. §. und HORNEL cit. Diss. §. 29. et 30.

86) S. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 10. BARCH. BARDILI Disp. de testamento nuncupativo. Tübing. 1671. §. 6. und HOPACKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1270.

87) Man vergl. vorzüglich DAN. NETTELBLADT Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Halae 1753. et rec. *ibid.* 1750. 4.



*nuncupativum* schlechtthin oder *simplex*. Es unterscheidet sich also von einem schriftlichen Testamente darin, daß bey diesem der gesetzmäßig errichtete schriftliche Aussag die wesentliche Form ausmacht, mittelst welcher der Testirer während der Handlung des Testirens seinen letzten Willen erklärt hat; dahingegen bey einem testamento nuncupativo in scripturam redacto der schriftliche Aussag nur um des Beweises willen hinzukommt <sup>88)</sup>. Es findet hier der nämliche Unterschied, wie zwischen einem Litteralcontract, und einem solchen Contract Statt, der um des Beweises willen schriftlich verfaßt worden ist. Denn so wie der Litteralcontract auf einer schriftlichen Form beruht, und dadurch sein Daseyn erhält, eben so erhält auch ein schriftliches Testament sein Daseyn und Wesen durch die Scriptur, mittelst welcher der Testirer seinen letzten Willen erklärt hat, und gleichwie der schriftliche Aussag, welcher bey einem andern Contract hinzugekommen ist, nur zum Beweise dient, eben so dient auch nur zu diesem Behufe der schriftliche Aussag, welcher über ein mündliches Testament verfaßt worden ist. Ob übrigens der schriftliche Aussag von dem Testirer selbst noch vor dem Act des Testirens, zu seinem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, oder derselbe während der Testamentshandlung, oder erst nachher entweder von den Zeugen selbst für das Gedächtniß aus eigner Antriebe gemacht, oder ob die Zeugen auf Verlangen des eingesetzten Erben ad perpetuam rei memoriam vernommen, und ihre Aussagen in eine Urkunde gebracht worden sind, ist gleichviel <sup>89)</sup>. Das Testament

88) S. NETTELBLADT Diss. cit. §. 1. Not. und HOFACKER c. I. §. 1270. Not. 8.

89) S. NETTELBLADT Diss. cit. §. 2. 5. et 6.

wird dadurch nicht in ein schriftliches verwandelt, sondern es bleibt ein mündliches Testament, und es kommt im Betreff der Gültigkeit des Testaments alles auf den mündlich erklärten Willen des Testirers an<sup>90)</sup>. Wenn daher auch z. B. der von den Zeugen nach der Testamentshandlung über den Inhalt des letzten Willens gemachte schriftliche Aufsat die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat, es haben z. B. nicht alle Zeugen den Aufsat unterschrieben und besiegelt, es fehlt auch an der Unterschrift des Testirers; so hat dies auf die Gültigkeit des mündlich errichteten Testaments keinen Einfluß<sup>91)</sup>, sondern es ist ein solcher Aufsat nur nach den Regeln einer beweisfähigen Urkunde zu beurtheilen<sup>92)</sup>. Ist über das mündlich errichtete Testament von einem Notar mit Zuziehung von zwey Zeugen eine Urkunde perfertigt worden; so ist durch ein solches Notariatsinstrument vorausgesetzt, daß die Formlichkeiten eines nuncupativen Testaments gehörig beobachtet worden, für den Beweis des Testaments auf immer gesorgt, und eine richtige Ver-

90) G. TARRI, de orig. et progressu testamentifactor. s. 35. pag. 144. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. ult. s. 684. pag. 836. und MÜHLBRUCH Doctr. Pand. Vol. III. s. 478.

91) G. Jo. God. SCHAUMBURG Singlaria de Testamento nuncupativo capita. Jenae 1737. 4. §. 19.

92) G. SCHAUMBURG Diss. cit. §. 20. HOFACKER Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1271. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 449.

93) G. Jo. Balth. L. B. a WÄRNHER Select. Observation. forens., Tom. I., P. IV, Obs. 103. Schütze Röm. Privatrecht. §. 817. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1418.

Ärzung der Zeugen wird nun nicht für nöthig gehalten.<sup>94)</sup>

Der Regel nach steht es Jedem frey, ob er mündlich oder schriftlich testiren will. Eben so gleichgültig ist es, ob das mündlich erklärte Testament sogleich oder in der Folge in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wird, oder nicht. Von dieser Regel macht aber das Testament eines Blinden eine sehr merkwürdige Ausnahme<sup>95)</sup>. Nach einer Verordnung des Kaisers Justinus<sup>96)</sup> kann zwar ein Blindet testiren, er kann aber and dars immer nur ein mündliches Testament errichten. Daher bleibt das Testament des Blinden auch selbst dann ein mündliches, wenn derselbe auch vorher seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich hat aufzusetzen lassen. Denn die schon vorher aufgesetzte Urkunde muß nicht bloß dem Blinden selbst, sondern auch den sämmtlichen Zeugen vorgelesen werden, und dann erst, wenn allen diesen Personen der Inhalt des Testaments gehörig bekannt gemacht worden ist, soll entweder die schon vorher aufgesetzte, oder die über die mündliche Erklärung des Blinden begn. Akt des Testirens verfertigte Urkunde unterschrieben und besiegelt werden. Von der Form dieses Testaments wird §. 1406. ausführlicher ge-

94) S. HOFACKER Tom. II. §. 1272.

95) L. 8. C. Qui testam. facere poss. (VI. 22.) Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo, vitiove, seu ita nati, per nancupationem suam condant moderatam voluntatis. S. MAREZOLL Bemerkungen, Zweifel, und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Etwrechte, in von GROLMAN und von LÖHR MAGAZIN für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bd. Nr. XI. S. 3, S. 168. ff.

handelt werden. Wir haben also hier ein Beyspiel von einem nuncupativen Testamente, welches ohne einen schriftlichen Aufsatz nicht gültig ist. Just. Henn. Böhmer <sup>96)</sup> nennt es deswegen ein testamentum mixtum, welches zugleich aus einem mündlichen und schriftlichen Testamente besteht. Allein Hommel <sup>97)</sup> hat diese Meinung mit Recht verworfen, und Kettelbladt <sup>98)</sup> hat sie gründlich widerlegt. Das Testament eines Blinden ist vielmehr richtiger für ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum zu halten, welches sich von einem andern Testamente dieser Art dadurch unterscheidet, daß es nach Vorschrift der Gesetze eine schriftliche Aufzeichnung erfordert, und auch bey dieser die bestimmte Form beobachtet werden muß. Wegen dieser Eigenheit nimmt die Notariats-Ordnung Maximilian I. noch eine dritte Gattung von Testamenten an. Es heißt nämlich Tit. von Testamenten §. 1.

„Denn nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen sind zweyerley Testament: das ein, das in Schriften geschieht, oder durch Mittel einer Schrift, die beschloffen oder zugemacht ist. Das ander das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift, oder unschriftliche Eöfennität aufzurichten pflegt, und darum *Nuncupativum* gemeinlich, das ist, ein ausgesprochen Testament genannt wird, und zu seinem

96) Diss. de testamento non praelecto. Halae 1759. §. VII. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. pag. 906.)

97) Diss. de scriptura eiusque necessitate in testam. nuncupativo. §. XXII.

98) Diss. cit. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. XI. et not. ad h. §.

Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf. Item man mag auch noch von einem dritten Geschlecht eines Testaments darzu thun, als das gemacht wird von einem der blind ist, Frauen oder Mann, auch durch mündlich Aussprechen, aber doch nicht ohne Schrift, und nehmlich die von einem Notarien, und auch von den Zeugen darzu sonderlich genommen und erbeten mit ihren allen eigenen Händen unterschrieben, auch mit derselben aller Signet bezeichnet wird.“

Ist also hier die Urkunde nicht nach Vorschrift der Geseze verfaßt, so ist das ganze Testament nichtig.

### §. 1402.

#### Religiosität und gesetzliche Kraft der Testamente.

Es ist ein sehr richtiger Gedanke, daß das Testament bey den Römern, als die letzte Willensäußerung eines Sterbenden, eine Art von Heiligkeit und religiöser Bedeutung hatte <sup>99)</sup>. Die Römer schienen darin gleichsam ein solatium mortis, wie Quinctilian <sup>100)</sup> sagt, zu finden, daß ihr Wille auch noch über den Tod hinaus galt. *Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium*, fügt er hinzu, *si non integram legem habet, et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus*. Daher die große Sorgfalt, welche die Römer auf die unverfälschte Erhaltung ihrer Testamente verwandten Denn: man

99) G. Gans Röm. Erbrecht. 2. Band. S. 148. ff.

100) *Declamat. CCCVIII.*

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 337

pflegte die Testamente in den Tempeln der Gottheiten, besonders bey den Vestalinnen, als den vorzüglichsten Priesterinnen, verwahrlich zu hinterlegen <sup>1)</sup>. Selbst der Staat war bey der Vollziehung der Testamente interessiert. Publice enim expedit, sagt Paulus *libro VIII. ad Plautium* <sup>2)</sup>; *suprema hominum iudicia exitum habere*. Hierzu kam noch der Umstand, daß die Römer in ihren Testamenten gewöhnlich auch über ihr Begräbniß verfügten, und darin anordneten, was zur Religiosität desselben gehörte, an dessen strengen Beobachtung ihnen um so mehr gelegen war, weil sie nach ihren Religions-Grundsätzen den Zustand eines Verstorbenen für unglücklich hielten, dessen Leichnam nicht gehörig ist beygesetzt worden <sup>3)</sup>. Hierauf bezieht sich, was Modestinus *libro VIII. Responsorum* <sup>4)</sup> sagt: *Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiiciat. Quaerebatur: cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus esset ab hereditate? MODESTINUS respondit: laudandus est magis, quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memor humanae conditionis sepulturae tradidit. Quae*

1) L. 4. §. 3. D. Famil. ercisc. S. LIPSIUS ad Taciti Annal. Lib. I. Cap. 8. und ad Suetonium in Caesar. Cap. 83. besonders Henr. Jo. ARNTZENII Miscellaneor. lib. (Trajecti ad Rhen. 1774. 8.) Cap. XIII. pag. 134. sqq.

2) L. 5. D. Testam. quemadm. aperiant.

3) S. CUPERUS Observat. Lib. I. Cap. 20. und GOENS de Cenotaphio. Cap. VI. §. 8.

4) L. 27. pr. D. de condition. institution.

her werden die Testamente in Ansehung ihrer Gültigkeit den Gesetzen gleichgestellt. In publicis, sagt Cicero <sup>5)</sup>, nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum. Sie hatten auch in den ältesten Zeiten ungemein viel mit den Gesetzen gemein, selbst in Ansehung der Form. Denn sie konnten ursprünglich, wenn sie nicht von Soldaten vor der Schlacht errichtet wurden, (testamenta in procinctu), eben so wie die Gesetze, anders nicht, als auf den Comitien des Römischen Volks, (calatis comitiis) gemacht werden <sup>6)</sup>. Hisdem comitiis, quae calata appellari diximus, sagt Gellius, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Da die Testamente in calatis comitiis eine hereditas pecuniae und sacrorum bewirkten, und also wegen des innigen Zusammenhanges, in welchem das Vermögen und die sacra privata bey den Römern standen, zum ius pontificium gehörten <sup>7)</sup>; so waren diese Comitia calata, in welchen die Testamente errichtet wurden, ohne Zweifel jene Curiat-Comitien <sup>8)</sup>,

5) *Philippica II. cap. 43.*

6) *GELLIVS Noct. Atticar. Lib. XV. cap. 27. ULPIAN. Fragm. Tit. XX. §. 2. GAJUS Comm. II. §. 101. und §. 1. J. de testam. ordinand.*

7) *CICERO Orat. pro domo Cap. 13. 14. et 51. CICERO de Legib. Lib. II. Cap. 19 et 21, G. von Savigny über die juristische Behandlung der sacra privata bey den Römern. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. 2. B. S. 362 ff.)*

8) *G. M. Aurel. GALVANUS de Usufructu. Cap. X. §. VIII. pag. 77. (edit. Tübing. 1788. 4.) Arn. VINNIUS Comment. ad §. 1. Inst. de testam. ordinand. nr. 1. Christ. Ferd. Schulze von den Volksversammlungen der Römer*

von denen Labeo bey Gellius sagt, sie würden pro collegio Pontificum, oder, wie sich Gellius <sup>9)</sup> selbst ausdrückt, arbitris Pontificibus gehalten, es waren die Comitien, in denen sich der Patricier vor der Versammlung der Curien durch die Sacrorum detestatio von der gens feyerlich los sagte <sup>10)</sup>, und durch Testament über seinen Nachlaß verfügte, welches der Soldat vor dem zur Schlacht gerüsteten Heere that <sup>11)</sup>, ja selbst das Heer stellte auch eine Art der Volksversammlung vor <sup>12)</sup>. Suetonius <sup>13)</sup> und Tacitus <sup>14)</sup> nennen wenigstens das Heer ausdrücklich eine militum concio. So wie nun die Testamente durch diese Form Gesetzes Kraft <sup>15)</sup>, eben so erhielten beyde Arten derselben ein

S. 296. f. Hüllmann Staatsrecht des Alterthums. S. 369.  
und Gans Röm. Erbrecht. 2. B. 2. Abth. 1. Kap. S. 52.

9) Noct. Attior. Lib. V, Cap. 19.

10) S. von Savigny über die sacra privata der Römer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. Bd. S. 402.

11) S. Niebuhr Röm. Geschichte. 4. Th. S. 572. Not. 344.  
(Der 3. Ausgabe Berlin 1828.)

12) S. Schweppe: Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer.  
§. 447. Not. 1.

13) In Calba Cap. 16.

14) Histor. Lib. I. cap. 18.

15) Hierauf deutet auch wohl das *uti legassit* in den XII Tafeln hin, denn die Gesetze brauchen vom Testator immer den Ausdruck *legem dicit testamento*. L. 14. D. h. t. L. 114. §. 14. D. de legat. I. (XXX.) Noch Justinian Nov. XXII. cap. 2. sagt daher: *Statuat quisque de rebus suis, ut decet, et voluntas illius lex sit; sicut etiam nostrarum legum antiquissima, quaeque prima*



religiöses Ansehen. Die Testamente in comitijs galatis, wegen der Heiligkeit der Curiatcomitien, welche wesentlich religiös-geschlechtliche Versammlungen waren<sup>16)</sup>; die testamenta in procinctu aber wegen der religiösen Schlachtwaise der zum Streit gerüsteten Soldaten<sup>17)</sup>. Daher wurden ohne Auspicien weder Comitien gehalten, noch Schlachten geliefert<sup>18)</sup>. Auf solche Art standen also die Testamente mit dem ius sacrum in der genauesten, ja in so enger Verbindung, daß, wie uns Cicero<sup>19)</sup>

fera Republicam Romanam constituit, *Lex scilicet XII. Tabularum*, juxta patriam antiquam linguam inquit, ita dicens: *uti legasset quisque de rebus suis, ita ius esto.* S. God. Dan. HOFFMANN Observation. quaedam testamentar. Obs. I. Auch hat Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte §. 440. Not. 1. nicht ohne Grund bemerkt, daß Wort *legare* könne damit zusammenhängen, daß das Testament ursprünglich auf einen Volksschluß beruhte, welches denn auch nachher noch immer die Folge hatte, daß der Testator Befehlsweise, legis modo, verfügen mußte. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIV. §. 1.*

16) S. Schulze von den Volkssammlungen der Römer. 3. Abschn. 1. Kap. S. 294. ff. u. Gans Erbrecht. 2. Bd. S. 52.

17) S. Aug. Frid. SCHOTT Diatr. de testamento in procinctu facto (in Opusc. Lipsiae 1770, 8. pag. 159. sqq.) Gans 2. B. S. 48.

18) CICERO de Divinat. Lib. II, cap. 36. de natura Depr. Lib. II. cap. 3. LIVIUS Lib. I. cap. 56. MACROBIUS Saturnal. Lib. I. cap. 12. Comitias auspicabantur. Man vergleiche Schulze in der angef. Schrift. 2. Abschn. 3. Kap. Nr. VI. S. 218. ff.

19) De natura deorum. Lib. II. Cap. 3. Itaque maximae reipublicae partes, in his bella, quibus reipublicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur; nulla per-

berichtet, mit dem Untergange der Auspicien bey der Schlachtweihe auch die testamenta in procinctu aufhörten. Hieraus erklärt sich, warum man schon gleich Anfangs sagte, die testamenti factio sey *iuris publici*. Denn das *ius sacrorum* gehörte, wie Ulpian <sup>20)</sup> lehrt, zum *publicum ius*, und Cicero <sup>21)</sup> sagt in dieser Beziehung: *Dico apud Pontifices, augures adsunt, versor in medio iure publico* <sup>22)</sup>.

§. 1403.

Testamenti factio ist *iuris publici*. Erläuterung der  
L. 3. D. h. t.

Wenn jedoch noch Papinian <sup>23)</sup> zu seinen Zeiten sagt: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*; zu welchen doch die testamenta in comitiis und in procinctu längst ausser Gebrauch gekommen, und durch andere Formen verdrängt waren; so muß jener Satz wohl auch eine andere Bedeutung erhalten haben. Nachdem nämlich durch die Gesetze der XII Tafeln die Privattestamente waren bestätigt, und durch dieselben sanctionirt worden, daß dasjenige, was Jemand auf den Todesfall über sein Vermögen verfügt

*omnia servantur, nulla ex acuminibus; nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt.*  
S. Schorr cit. Diatr. in Opusc. pag. 161.

20) L. 1. §. 2. D. de Justit. et iure.

21) Orat. pro domo sua ad Pontifices. Cap. XIII.

22) S. Ed. HENRIKSON Commentat. in Tit. 10. Lib. II. Inst. de testam. ordinand. (in Thes. Maerman. Tom. III. pag. 438.)

23) L. 3. D. h. t.

hätte, wie ein Gesetz gelten sollte; (*Uti legasset suae rei, ita ius esto*) <sup>24)</sup> so wurden Testamente nun darum zu dem öffentlichen Recht gerechnet, weil man sie nicht als die bloße Schöpfung privater Willkühr, sondern als den Ausfluß aus einem öffentlichen Gesetz betrachtete, dessen Vorschrift daher durchaus nicht willkürlich abgeändert werden könne <sup>25)</sup>. Der Ausdruck *ius publicum* wird also hier in der Bedeutung genommen, in welcher derselbe Papinian sagt: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, d. h. ein Recht, welches in öffentlichen Gesetzen seinen Grund hat, und auf einer durchaus gebietenden Vorschrift beruht, welche keiner Privatwillkühr unterworfen ist. Daß aber die Röm. Rechtsgelehrten die Testamentifactio wirklich aus dem Grunde zum *ius publicum* rechnen, weil dieselbe auf einer *lex publica* beruht, der durch Privatdispositionen nicht willkürlich derogirt werden darf, erhellet aus folgenden Stellen.

1) GAJUS *Institut. Comment. II.* §. 104. Er spricht daselbst von der Mancipation bey dem testamento per aes et libram, und läßt den familiae emptor folgende Formel aussprechen: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu iure TESTAMENTUM facere possis, SECUNDUM LEGEM PUBLICAM* <sup>26)</sup>, *hoc*

24) L. 120. D. de Verb. Signif. S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 440. S. 635.

25) S. v. Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. Kap. III. S. 130. f. und Gans Erbrecht. 2. Bd. 2. Abschn. 1. Kap. S. 88. f.

26) Diese *Lex publica* ist wohl keine andere, als das Gesetz

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 343

*aere*, et ut quidam adiiciunt, *aeneaque libra, esto mihi empti* <sup>27)</sup>).

2) *L. 27. D. de divers. regul. iuris.* POMPONIUS *libro XVI. ad Sabinum.* Nec ex praetorio, nec ex solemnium iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure, et per pacti conventi exceptionem, quia actionum modus, vel lege, vel per Praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

3) *L. 55. D. de legat. I. (XXX.)* POMPONIUS *libro IX. ad Sabinum.* Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.

4) *L. 13. C. de testamentis. (VI. 23.)* Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Euriphidae. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permessa: non autem iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.

Die Testamenti factio ist also in dreifacher Hinsicht iuris publici <sup>28)</sup>).

der XII Tafeln. S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 448. Not. 5. S. 649.

27) So nach der Restitution von Bluhme in der 2ten vollständigen Ausgabe des Gajus. *Berolini* 1824. 8. pag. 125.

28) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu. Cap. X. nr. II—XIV. pag. 75. sqq. (edit. *Tübing.*) TREKELL de orig. et progr. testamentifactionis. §. LX. pag. 199. *Derenburg Beiträge zur Geschichte der röm.*

1) In Ansehung des Rechts ein Testament zu machen. Denn Niemand hat dieses Recht, als dem es die Gesetze gestatten, und welcher also die in den Gesetzen bestimmte Fähigkeit besitzt. Derjenige, welchem es gesetzlich zusteht, kann es auf keinen andern übertragen, und ihm dadurch die Testamentsfähigkeit mittheilen, welche ihm die Gesetze absprechen; das heißt, es steht nicht in der Willkühr eines Privaten, den Mangel der Testamentsfähigkeit durch seine Auctorität zu ergänzen. Dieß bringt auch die Natur öffentlicher Rechte mit sich, daß sie an die Individuen Derer gebunden sind, denen sie einmal gesetzlich zustehen, und nicht auf andere übertragen werden können<sup>29)</sup>. Daher können z. B. Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, kein Testament über ihr *Peculium*, es sey *profectitium* oder *adventitium*, errichten, wenn es ihnen auch der Vater erlauben wollte<sup>30)</sup>; und eben so wenig kann der Mangel einer rechtsgültigen Willens- Erklärung bey dem Testament eines Unmündigen durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden<sup>31)</sup>. Daher sagt *Gajus*<sup>32)</sup>, man müsse, Testament. C. 52. und den 1. Th. dieses Commentars §. 13. C. 90.

29) G. Ehr. Burchardt Grundzüge des Rechtssystems der Römer, aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt. (Donn 1822. 8.) §. 4. C. 18. und §. 5. C. 21. ff.

30) *Pr. J. Quibus non est permiss. fac. testam.* (II, 12.) L. 6. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de mortis caus. donat. (XXXIX. 6.) L. 11. C. Qui testam. fac. poss.

31) *GAJUS Comm. II. §. 113.* nam masculus minor, annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit.

32) L. 4. D. h. t. *GAJUS Instit. Comm. II. §. 114.*

wenn die Frage von der Gültigkeit eines Testaments entsteht, immer zunächst darauf sehen, an is, qui fecit testamentum, *habuerit testamenti factionem*. Die Rechtsgelehrten nennen diese Testamentsfähigkeit, *testamentifatio activa*; allein die Gesetze brauchen hier die Ausdrücke *habere testamentifactionem* <sup>33)</sup>, *testamenti faciendi facultatem* <sup>34)</sup> oder *ius testamenti faciendi habere* <sup>35)</sup>.

2) Die *testamenti factio* ist *formae iuris publicae* in Rücksicht des Rechts aus einem Testamente etwas zu erwerben. Justinian <sup>36)</sup> sagt ausdrücklich: *In extraneis heredibus illud observatur, ut sit, cum eius testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus et mutus, et postumus et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt.* Der juristische Sprachgebrauch nennt diese *Erfähigkeit, testamenti factio passiva*. Die Gesetze aber sagen von dem, welcher

33) §. 4. *J. de hered. qualitat. et differ.* (H. 19) *L. 16. D. h. t.* *L. 18. D. eodem.*

34) *L. 19. in fin. D. h. t.*

35) *L. 1. §. 8. D. de bonor. possess. sec. tabb.* (XXXVII. II.)

36) §. 4. *J. de hered. qualitat. et differ.* Vergleiche auch *L. 16. D. h. t.* und Schweppe Röm. Privatrecht, S. 786.

diese Erbfähigkeit hat, *cum eo testamenti factio est* <sup>37)</sup>, *testamenti factionem cum testatore habet* <sup>38)</sup>. Eine solche Testamentifaction erfordern auch die Gesetze, um zum testamentarischen Tutor ernannt zu werden <sup>39)</sup>, so wie in der so genannten activen Testamentifaction auch das Recht liegt, einen Tutor zu ernennen <sup>40)</sup>. Und so wird denn ebenfalls von den Testamentszeugen erfordert, *ut cum iis testamenti factio sit* <sup>41)</sup>. Von allen diesen gesetzlichen Bestimmungen vermag die Willkür des Testirers keine Aenderung zu machen, denn sie sind *iuris publici*.

3) Die Testamentifaction ist endlich auch *iuris publici* in Rücksicht der vorgeschriebenen Form der Testamente. Denn Gajus <sup>42)</sup> sagt ausdrücklich, zur Gültigkeit eines Testaments werde erfordert, *ut is, qui fecit testamentum, non solum habuerit testamentifactionem, sed etiam secundum regulas iuris civilis testatus sit*. Das Testament des Lucius Titius, welches *Scävola libro III. Responsorum* <sup>43)</sup>

37) L. 49. §. 1. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) §. 7. J. de legat. II. 20.) L. 7. D. pro legato. (XLI. 8.)

38) ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII. §. 1.*

39) L. 21. D. de testam. tut.

40) L. 1. pr. D. de testam. tut. ULPIANUS *Fragm. Tit. XI. §. 14. Uti legasset super pecunia tutelae suae rei, ita ius esto.* L. 53. pr. L. 120. D. de Verb. Signif.

41) S. Dirksen *Schrift. und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente.* Kap. XI. Tab. V. Fr. 3. S. 329. ff.

42) §. 6. J. de testam. ordin.

43) L. 4. D. h. t. S. POTHIER *Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. not. o. pag. 172.* und von Savigny *Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter.* 1. Bd. S. 130.

44) L. 88. §. 17. D. de legat. II. (XXXI.)

mit den Worten anführt: *L. T. hoc meum testamentum scripsi sine ulla iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*; deinde heredes instituit, konnte daher, wegen der beygefügten Codicillars Clausel, nur als ein Intestat-Codicill den eingesetzten Erben zu statten kommen <sup>44</sup>).

§. 1404.

Active Testamentifaction. Wer kann testiren?

In der Lehre von Testamenten kommen nun vorzüglich drey Hauptgegenstände in Betrachtung, 1) die Fähigkeit zum Testiren. 2) Die äussere Form der Testamente, und 3) der Inhalt, welchen man die innere Form der Testamente nennt. So viel nun

I. die Fähigkeit ein Testament zu errichten betrifft; so ist es, wie Justinian in seinen Institutionen <sup>45</sup>) sagt, nicht Jedem erlaubt, ein Testament zu machen, sondern Wer gültig testiren will, muß diejenigen Eigenschaften im Augenblick des Testirens besitzen, welche die Gesetze zur Testamentfähigkeit erfordern <sup>46</sup>).

44) *C. Scip. GENTILIS Origin. ad Pand. lib. sing. voc. Testamentum (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. IV. pag. 1389.) Jo. Henr. BERGER Resolution. Legg. obstant. Lib. XXVIII. Tit. 3. et 4. Quaest. I. pag. 602, und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXI. P. I. Nr. XXXI. pag. 275.*

45) *Pr. J. Quib. non est permiss. facere testam. (II: 23.)*

46) Andere geben die Regel: Ein Jeder kann ein Testament machen, dem es die Gesetze nicht verbiethen, *C. Franc.*



Er muß also 1) die natürliche Fähigkeit haben, welche erfordert wird, um seinen Willen vernünftig, deutlich und bestimmt erklären zu können. Dazu gehört a) Gebrauch der Vernunft. b) Nöthige Einsicht und Beurtheilung. c) Willensfreiheit, und d) Vorhandenseyn der zur verständlichen Erklärung des Willens erforderlichen Organe. Er muß 2) den zur Errichtung eines Testaments gesetzlich bestimmten bürgerlichen Zustand besitzen; ja denselben nicht nur wirklich haben; sondern er muß auch 3) wissen, daß er ihn besitzt. Nam qui incertus de statu suo est, sagt Paulus *libro II. Regularum* <sup>47)</sup>, certam legem testamento dicere non potest; und Ulpian *lib. XII. ad Edictum* <sup>48)</sup> bestärkt dieses noch durch ein Rescript des Kaisers Pius, wenn er sagt: De statu suo dubitantes, vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit. Nur bey Soldaten wird es so streng nicht genommen. Si miles incertus, sagt Ulpian *libro XLV. ad Edictum* <sup>49)</sup>, an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut

DUARENUS in hunc Tit. *Opp. pag. 314.* DONELLUS *Comment. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 1.* Höpfnert *Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 464.* und von Hartisch *Erbrecht. §. 12.* Sie handeln daher bloß von denen, welche nicht testiren können. Man sehe dagegen Konopal *Institutionen des Röm. Privatrechts. §. 340.* (der 2. Ausg. Jena 1824.)

47) L. 14. D. h. t. ULPIAN. *Fragm. Tit. XX. §. 11.*

48) L. 15. D. eod.

49) L. 11. §. 1. D. de testam. militis. (XXIX. 1.) L. 9. D. de iure codicill. (XXIX. 7.)

valeat: nam et si incertus, an pater eius vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit. Der Testator muß aber auch 4) diesen Zustand noch zur Zeit seines Todes besitzen, wenn das Testament nach seinem Tode gelten soll. Andere nachher eingetretene, besonders physische Hindernisse ein Testament zu machen, schaden nichts. So ist zu erklären, wenn die Gesetze sagen, es komme bey Beurtheilung der Testamentsfähigkeit sowohl auf die Zeit des Testirens, als auf die des Todes des Testirers an, und daß dennoch der Verlust derselben das Testament nicht immer ungültig mache. Ulpian libro XXXIX. ad Edictum <sup>50)</sup> hat sich darüber am vollständigsten geäußert, wenn er sagt:

Exigit Praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, *utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum, et cum moritur*. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamentifactionem decesserit: peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore patremfamilias inveniatur: non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. — Sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit: bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. §. 9. Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est:

50) L. 1. §. 8. D. de bonor. possession. secundum tabulas. (XXXVII. 11.)

potest eius peti honorum possessio, quia iure testamentum eius valet: et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem: sed ante factum eorum testamentum valet.

Nur die durch capitis deminutio nachher verlorne testamenti factio macht das testamentum irritum<sup>51)</sup>.

Wer gültig testiren will, muß auch endlich 5) nicht durch die Gesetze für intestabilis erklärt seyn, d. h. er muß sich des Rechts zu testiren, nicht etwa durch ein begangenes Verbrechen, welches diesen Verlust nach sich zieht, unwürdig gemacht haben. Si quis ob crimen famosum damnetur, sagt zum Beispiel Ulpian libro I. ad Sabinum<sup>52)</sup>, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi. Ulpian lehrt uns hier zugleich, daß ein intestabilis auch nicht Zeuge bey einem Testamente seyn könne, und nur in dieser Beziehung gedenken die Institutionen<sup>53)</sup> der intestabiles, wenn sie sagen: neque ii, quos leges iubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi. Die Worte improbus intestabilisque kamen auch in dem schon oben (§. 318.) angeführten Gesetz der XII Tafeln: Qui se sierit testarier etc. vor, wo das Wort; *intestabilis* in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen

51) §. 4. J. Quib. mod. testam. infirm. (II. 17.) L. 8. §. 1. — 4. D. h. t. L. 6. §. 5. 6. et 7. D. de iniusto, rupto, irrito testam. (XXVIII. 3.) C. Konopal Institutionen. §. 341.

52) L. 18. §. 1. D. h. t.

53) §. 6. J. de testam. ordin.

wird, und einen solchen bezeichnen soll, welcher zur Strafe unfähig ist, als Solennitätszeuge zu einem Rechtsgeschäft zugezogen zu werden<sup>54)</sup>. Denn mit dieser sehr natürlichen Strafe belegten die XII Tafeln denjenigen, welcher zum Act einer Mancipation, als testis oder libripens, zugezogen worden, und nachher Zeugniß versagt, dieser sollte also unfähig sein; bey solennen Handlungen auf neue als Zeuge gebraucht zu werden. Im Gegensatz braucht denn Gellius<sup>55)</sup> den Ausdruck *testabilis* von dem, welchem ein solches *ius testimonii dicendi* zusteht. Noch Gajus<sup>56)</sup> setzt daher das Wesen des *intestabilis* darin, daß derselbe, und zwar vorzüglich hier, wo von Testamenten die Rede ist, nicht zum Zeugen gebraucht werden könne. Er sagt nämlich *libro XXII. ad Edictum provinciale*:

Cum lege quis *intestabilis* iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur.

Da Gajus *Lib. XXII. ad Edictum provinciale* von Injurien handelte, wie aus der Vergleichung mit *L. 12. und L. 19. D. de iniur.* (XLVII. 10.) erhellet, die aus demselben Buche des Gajus genommen sind; so bezieht sich diese Stelle des Gajus aller Wahr-

54) S. Bernh. Henr. Ruytelors Varior. Cap. VI. (in *Opuscul. a Juelaro edit.* pag. 75. sqq.) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. S. 128.

55) *Noct. Attic. Lib. VI. Cap. 7.*

56) *L. 26. D. h. t.* In dieser Bedeutung sagt auch Arcadius Charisius *L. 21. pr. D. de testib.* Ob *carmen famosum damnatus intestabilis fit.* Man verbinde damit die *L. 5. §. 9. D. de iniur.* und vergl. Christ. Rav Diss. de *Aurelio Arcadio Charisto veteris ICto. Lipsiae 1773.* Cap. IV. pag. 26.

Scheinlichkeit auch auf einen solchen *intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est*<sup>57)</sup>. In der Folge erhielt aber das Wort *intestabilis* durch Interpretation eine ausgedehntere Bedeutung. Man knüpfte nämlich an die passive Unfähigkeit, zum Zeugniß zugezogen zu werden, die active Unfähigkeit, selbst, nämlich Andere für sich als Zeugen zuzuziehen. Gajus hat dieses in der angeführten Stelle selbst bemerkt, wenn er gleich unmittelbar nachher sagt:

et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi datur testimonium.

Es kann dabey auch wohl nur, so wie bey der Unfähigkeit Zeuge zu seyn, an ein solennes Zeugniß gedacht werden<sup>58)</sup>.

Und so war denn der Schluß sehr natürlich, daß Jemand, der zur Strafe weder selbst Zeuge bey einem Testament seyn, noch Andere mit rechtlicher Wirkung zu einem Zeugniß auffordern kann, auch selbst kein Testament errichten dürfe<sup>59)</sup>. Indem daher Ulpian in der oben aus dessen *libro I. ad Sabinum*<sup>60)</sup> entlehnten Stelle von dem, cui lege bonis interdictum est, sagt, er könne nicht testiren, fügt er unmittelbar hinzu:

merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, quum neque testamenti factionem habeat.

Nach der griechischen Paraphrase des Theophris

57) G. REINOLD. Varior. Cap. 6. (in Opusc. pag. 81.)

58) G. Zimmern a. a. D. §. 128. S. 460. Not. 8 und 9.

59) Man vergleiche hier vorzüglich Marczoll über die bürgerliche Ehre. 3. Abschn. §. 2. S. 85. ff.

60) L. 18. pr. D. h. t.

ius<sup>61)</sup> scheint man aber zuletzt noch weiter gegangen zu seyn, indem man den intestabilis auch noch die Fähigkeit, aus einem Testament Etwas zu erwerben, absprach. Theophilus, sich ganz im Geiſt des oben gedachten Gesetzes der XII Tafeln: *Qui se sieriſt testari*, den Fall denkend, daß ein Zeuge, der bey einem Testament war hinzugezogen worden, auch das Testament unterschrieben und besiegelt hat, sich aber nach des Testirers Tode weigert zu bezeugen, daß Unterschrift und Siegel von ihm wären, und nun die Sanction des Gesetzes: *improbus intestabilisque esto*, erklären will, sagt nämlich:

μισοῦσι τὸν τοιοῦτόν οἱ νόμοι, καὶ οὐκ ἔδωσαν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης οὐδὲ διδῶσιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παρρησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου.  
i. e. *Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento; neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente.*

In den Gesetzen unsers justinianeischen Rechts findet sich jedoch von der hier erwähnten Wirkung der Erbunfähigkeit des intestabilis Nichts, vermuthlich beruht sie auf dem Schlusse, daß wer zur Strafe selbst weder bey Testamenten Zeuge seyn, noch selbst ein Testament machen kann, auch unfähig sey, aus Testamenten Andern etwas zu erwerben. Es ist überhaupt noch die Frage, ob in dem Falle, den Theophilus aus den XII Tafeln anführt, die angegebenen Strafen der Intestabilität

61) Lib. II. Tit. 10. §. 6. (Tom. I. pag. 338, edit. Reitz.)

auch nach dem Justin. Recht noch Statt finden können. Denn sie beruhen bloß auf dem Zeugniß des Theophilus, welches Hugo Donellus <sup>62)</sup> nicht ohne Grund verwirft. Soviel ist gewiß, die von den XII Tafeln in dem bemerkten Falle gedrohte Strafe der Intestabilität kommt in dem ganzen Justin. Gesetzbuche nirgends mehr vor, sie ist also ohne Zweifel ausser Gebrauch gekommen. Es erhellet dieses besonders daraus nicht undeutlich, daß Ulpian *libro LXVIII. ad Edictum* <sup>63)</sup> von solchen Testamentszeugen, welche sich weigern ihre Siegel zu recognosciren, sagt, sie seyen vom Prätor, vermuthlich durch die gewöhnlichen Zwangsmittel der Auspfändung oder Geldstrafe, zu nöthigen. Davon jedoch zu seiner Zeit ein Mehreres.

§. 1404. a.

Wer kann nicht testiren?

Nach diesen Prämissen sind nun also zum Testiren unfähig,

1) diejenigen, denen es zur Zeit des Testirens an freiem Selbstbewußtseyn, und Gebrauche der Vernunft fehlt. Dahin gehören

1) Wahnsinnige, furiosi. Sie haben zwar, wie Marcellus zum Pomponius <sup>64)</sup> bemerkt, eine Testamentifaction, aber nur eine passive, sie selbst kön-

62) Comment. iur. civ. Lib. VI. cap. 5. §. 12. in fin. (Vol. III. pag. 307. edit. noviss. Nürnberg. 1807. 8.)

63) L. 3. §. 9. D. de tabb. exhib. (XLIII. 5.) S. REINOLD c. 1. pag. 80. sq.

64) L. 16. §. 1. D. h. t.

nen nicht testiren, *quia mente carent*, wie Justinian in seinen Institutionen <sup>65)</sup> sagt: Dieser Grund scheint jedoch nicht richtig ausgedrückt zu seyn; es hätte heißen sollen, weil sie nicht *sanae mentis* sind, sie haben den Gebrauch ihres Verstandes nicht. Darum haben sie durchaus keine rechtliche Handlungsfähigkeit. Julian sagt *libro XXXVII. Digestorum* <sup>66)</sup>:

*Furiosus non intelligitur codicillos facere, quia ne aliquid quicquam agere intelligitur, cum per omnia, et in omnibus, absentis vel quiescentis loco habeatur.*

Da der Wille immer Freyheit des Geistes und also den Gebrauch des Verstandes voraussetzt; so ist getheilt der Grund, den Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum* <sup>67)</sup> anführt, nämlich *furiosi nulla voluntas est*, der treffendste. Es kommt übrigens in ärztlich-psychologischer Hinsicht sehr viel auf die Art des Wahnsinns an, ob er bloß partiell ist, und sich auf eine fixe Idee, auf einen fixen Wahn beschränkt, dieser kann mit übrigen ungestörter Verstandeskraft, und selbst mit Schärfe des Urtheils verbunden seyn, denn er hat meistens nur seinen Grund in einer Ueberspannung der Einbildungskraft; oder ob die Verstandesverwirrung allgemein und herumirrend ist; ferner ob der Wahnsinn anhaltend, oder aussetzend ist. Denn beim letztern treten freye oder helle Zwischenzeiten (*dilucida intervalla*) ein, wo der Wahnsinnige wieder bey vollkommenem Verstande ist <sup>68)</sup>. So wie nun Handlungen, welche

65) §. 1. *J. Quid. non est permisso. fac. testam.*

66) *L. 2. §. 3. D. de iure codicill. (XXIX. 7.)*

67) *L. 40. D. de Regg. iuris.*

68) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 253 — 262.



in solchen Zwischenzeiten vorgenommen sind, rechtliche Wirkungen haben <sup>69)</sup>, so gilt auch unstreitig das Testament, welches von einem Wahnsinnigen während eines lichten Zeitraums errichtet worden ist; wenn nämlich derselbe so lange gedauert hat, bis die Testamentshandlung vollendet war. Hierher gehört die Entscheidung des Kaisers Justinian in der *L. 9. Cod. qui. testam. facere poss.* (VI. 22.) vom J. 530, welche von dem P. P. Julianus gerichtet, folgenden Inhalts ist <sup>70)</sup>:

*Furiosum in suis induciis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque, tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum, vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente incoeperit facere, et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcunque ultimam voluntatem censemus: si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actionibus legitima observatio requirit.*

69) S. von Berg von lichten Augenblicken bey Geisteskranken; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. Nr. XXII. S. 243. ff. Henke angef. Lehrbuch. §. 265. und Mafius System der gerichtl. Arzneykunde. §. 307.

70) Man vergleiche über diese Decision Em. MERRILLI Exposition. in L. Decision. Justin. Nr. XII. (Oper. P. II. pag. 29. sq.) und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten. §. 35.

Das von dem furiosus in der Zeit seines freyen und vollkommenen Bewußtseyns errichtete Testament bleibt auch gültig, wenn gleich die bis dahin ausgesetzte Raserey nachher wieder eintritt, so wie das vor der Raserey gemachte Testament, wie Justinian in seinen Institutionen<sup>71)</sup> sagt: *si quis ad id tempus...*

*Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur, et de eo, quod ante furorem fecerint, testamenta valent. Nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.*

Es wird also bey der Beurtheilung der Gültigkeit des Testaments eines Rasenden oder Wahnsinnigen bloß auf die Zeit der Errichtung gesehen, wie *Labeo libro 1. Posteriorum a Javoleno epitomatorum*<sup>72)</sup> ausdrücklich sagt:

*In eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.*

Uebrigens besteht sich's, daß bey einem Wahnsinnigen der Beweis, daß er während eines lichten Zwischenraums testirt habe, im Zweifel immer demjenigen obliege, der dieses behauptet<sup>73)</sup>.

Stumpfsinn (*mentis imbecillitas*) und Blödsinn (*mentis defectus*)

71) *D. l. in fin. J. Quib. non est perm. facere testam.*  
Vergl. auch *L. 20. §. 4. D. h. t.*

72) *L. 2. D. h. t.*

73) *C. STAUDNER Diss. iuris Germ. de testamentis dementium infirmis. §. 14 — §. 17. LEYSEN Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLVII. mdtit. 3. 4. et 5. und von Berg a. a. O. §. 12. S. 256.*

sinn (amentia, fatuitas) werden hier dem Wahnsinn gleichgeachtet, weil sie das Selbstbewußtseyn, d. h. die Vernunft und Freiheit stören oder vernichten <sup>74</sup>). Da es jedoch hier bloß auf Thatfachen ankommt, so ist freylich das Meiste der ärztlichen und richterlichen Beurtheilung zu überlassen <sup>75</sup>). Dasselbe gilt auch von der Melancholie, die zwar öfters in einen Wahnsinn übergeht, doch ehe sie diesen Grad erreicht, an sich das Selbstbewußtseyn und die Beurtheilungskraft nicht aufhebt <sup>76</sup>). Einfalt und Dummheit (Stupiditas, simplicitas) gehört aber nicht hierher, denn diese kann auf keine Weise als wahre Geisteserrüttung gelten, weil sie die Freiheit der Selbstbestimmung nicht aufhebt <sup>77</sup>). Sie hindert also auch die Testamentfähigkeit nicht <sup>78</sup>). Den Wahnsinnigen werden gleichgeachtet

2) Körperliche Kräfte, nämlich wenn die Krankheit des Körpers von der Art ist, daß sie auch die Frey-

74) L. 2. D. de postulando. B. 19. tit. 1. §. 1. L. 21. D. de rob. occid. del. passid. (XLI. 5.) u. E. Donke'sche Lebrb. S. 247.

75) G. Christoph. Guil. STAUDNER Diss. de testamentis dementium infirmis. (Aldorf. 1758.) S. IV. u. VI.

76) G. Mich. ALXAND. D. de melancholia. Halae 1745. Sam. STRYK Diss. de dementia et melancholia. Frstj ad Viad. 1672. STAUDNER Diss. cit. S. V. und 30. Dan. Meßger's gerichtl. Arzneiwissenschaft. S. 411. (Der 3ten Ausgabe. Königsberg und Leipzig 1805.)

77) G. Donke Lebrb. der gerichtl. Medicin S. 247. und S. 248. (Der 2. Ausgabe. Berlin 1819)

78) Sam. STRYK Tr. de cautel. testamentar. Cap. III. §. 25. de WARRNER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 179. HOFACKER Princ. iur. piv. R. G. Tom. II. S. 152. not. h. und v. Dertig'sch Erbrecht. S. 24. c. E

heit des Geistes und das Selbstbewußtseyn stört. Die Aerzte nennen diesen Krankheitszustand den febrilischen Wahnsinn, welcher eben dieselben rechtlichen Folgen hat, wie der chronische, oder der lang anhaltende <sup>79)</sup>. Dieß bestätigt auch der Ausspruch des Paulus *libro III. Sententiarum* <sup>80)</sup>:

*In adversa corporis valetudine mens oaptas, eo tempore testamentum facere non potest.*

Eine Krankheit also, die auf den Willen von keinem Einfluß ist, kann auch die Testamentsfähigkeit nicht hindern <sup>81)</sup>. Daß eine solche Krankheit kein Testamentshinderniß sey, sagt nicht nur Paulus in der bereits angeführten Stelle <sup>82)</sup> ausdrücklich, sondern eben so haben auch die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirt.

*L. 3. C. Qui testam. facere poss. Senium quidem aetatis, vel aegritudinem corporis, sinoeri-*  
<sup>79)</sup> S. Weggers System der gerichtl. Arzneywissenschaft, §. 410.  
 und Seiferts Lehrb. der gerichtl. Medizin, §. 255.

<sup>80)</sup> *L. 17. D. h. t.*

<sup>81)</sup> Nach dem ältern deutschen Rechte galten zwar keine Testamente, die auf dem Siechbette waren gemacht worden; der Testator mußte vielmehr Proben physischer und geistiger Kraft ablegen, ehe er testiren konnte. Die Testamente mußten entweder ungehabt und ungestabt unterm freyen Himmel oder vor Gericht errichtet werden. Allein durch Einführung des Röm. Rechts ward dieses alte deutsche Recht verdrängt. S. Jo. Ad. Kopp Specim. iuris Germ. privati de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis, vulgo ungehabt und ungestabt. *Francof. ad Moen. 1756.* 4te §. 10 et 11. und Witters mater's Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 407.

<sup>82)</sup> *L. 17. D. h. t. verb. mit L. 2. ead.*

tatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.

Daher kann nach gemeinen Rechten auch ein Sterbender noch mit stammelnder Stimme seinen letzten Willen erklären, wenn er nur noch bey Verstande und Bewußtseyn ist, und seinen Willen auf eine verständliche Art aussprechen kann<sup>83)</sup>. Man vermuthet sogar aus besonderer Begünstigung der Testamente im zweifelhaften Falle, daß ein Sterbender noch bey vollem Verstande sey, so lange nicht das Gegentheil erwiesen ist, wie Hellfeld a. E. des §. 1404. selbst bemerkt hat<sup>84)</sup>.

3) Höchst Betrunkene<sup>85)</sup>. Diese werden in den Gesetzen den Verstandlosen gleichgeachtet<sup>86)</sup>. Ob

83) *L. 15. C. de testam. (VI. 23.)* S. Sam. STRYK (oder Christ. WILDVOELT) *Diss. de effatis agonizantium. (Francof. ad Viadr. 1666.)* Cap. I. §. 9. Sam. STRYK *Diss. de testamentis corpore vitiorum, (Halae 1702.)* §. 36. STAUDNER *Diss. cit. de testament. dementium infirmis.* §. 10. Geigers und Glucks *Rechtsfälle.* 3. Band. Nr. XLII. §. 6. S. 182. f.

84) *Arg. L. 39. §. 1. D. de legat. III.* STRYK *Diss. cit. de effat. agonizantium,* Cap. I. §. 8. Christ. Lud. CABEL *Observationes de probatione sanae mentis. (Vitemb. 1737.)* Obs. V. de REICHER *Commentat. ad h. Tit. Pand.* §. 5. Man vergl. noch besonders Henke's *Lehrb. der gerichtl. Medicin.* §. 256. Not. \*\*) und Masius *Syst. der gerichtl. Arzneykunde.* §. 298. Not. b.

85) STAUDNER *Diss. cit.* §. VII. von Hartisch's *Erbrecht.* §. 15.

86) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 56. Man vergleiche auch Henke's *Lehrb. der gerichtl. Medicin.* §. 282. und Ge. Heint. Masius *Systeur der gerichtl. Arzneykunde.* §. 304.

and die im höchsten Grade Zornigen hierher zu rechnen sind, ist streitig. Einige <sup>87)</sup> meinen, es sey ihnen die Fähigkeit zum Testiren nicht abzusprechen. Andere <sup>88)</sup> hingegen halten das im Zorn errichtete Testament für ungültig, wenn dargethan werden kann, daß der Testirer zur Zeit der Errichtung des Testaments in einer solchen Gemüthsbewegung sich befunden habe, daß er einen freyen und überlegten Entschluß zu fassen nicht fähig gewesen sey, es werde jedoch, eben so wie das im Zustande der höchsten Trunkenheit gemachte Testament, durch eine später hinzukommende, im freyen Zustande geschahene Genehmigung, gültig. Nach einer dritten Meinung <sup>89)</sup> aber soll die nachfolgende Geneh-

87) *Frid. Wilh. DANNEBOTHEN* Diss. de testamento irati valido, praes. *Ge. Frid. DEMLING* def. *Mich. Hoff* 1749. *Car. Frid. WALCH* Introductio in Montrov. harriv. civ. Secunda Cap. IV. Membr. I. §. 4. *Ernst Christ. Westphal* Grundr. von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitz des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. (Halle 1784.) Kap. I. §. 6. ff. besonders §. 43. *Lud. God. MADIEN* Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 99. *Art. fin.* und von *Wening-Ingenbäck* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 442.

88) *LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCLII. medit. 3. et 4. *Güntb. Heinrich von Berg* über ein im Zorn errichtetes Testament, in Derselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. IX. S. 187 — 202. *THIBAUT* Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. *HUFELAND* Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. Band. §. 1084. not. d. *Fimmern* Grundriß des Erbrechts. Anh. I. S. 54. und *von Partsch* Erbrecht. §. 15. S. 16.

89) *G. Sam. STARK* Tr. de cautel. testamentor. Cap. III. §. 32. *Mich. God. WERRNER* lectiss. Commentat. in

nigung den Mangel der Gültigkeit zu ergänzen, nicht vermögen. Es kommt, wie mich dünkt, hier auf zwei Fragen an; 1) ist ein in der Hitze des Zorns errichtetes Testament an sich ungültig? und 2) erhält solches durch die nachher bey beruhigtem Gemüthe erfolgte Genehmigung allein seine Gültigkeit? Soviel die erste Frage anlangt, so sind freylich die meisten Rechtsgelehrten <sup>90)</sup> der Meinung, daß ein solches Testament ungültig sey, und diese Meinung scheint auch die allgemeine Regel zu begünstigen, welche Paulus *libro XXXV. ad Edictum* <sup>91)</sup> giebt: *Quicquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse.* Nun kann die Leidenschaft allerdings einen solchen Grad erreichen, daß Bewußtseyn und Freyheit zu Handeln aufhört <sup>92)</sup>. Ob aber ein solcher Grad in dem Falle anzunehmen sey, da ein Testament im Zorne gemacht worden ist, läßt sich nicht ohne Grund bezweifeln. Denn die Errichtung eines Testaments setzt ja Entschluß

Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 538. sqq. STAUNER Diss. cit. §. VIII. *Sp. Ern. Just.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 620. *Car. Jul. Meno VALERT* Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 959.

90) VOLT Comment. ad Pand. h. t. §. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. XVII. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1252. in fin. MALBLANG Princ. iur. Rom. P. III. §. 688. pag. 826.

91) L. 48. *D. de div. Regg. iuris.*

92) S. Henke angef. Lehrbuch §. 283. und 284. und Kleinschrods syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrh. des penal. Rechts. 2. Th. §. 120. und 127.

und Ausführung voraus, und diese läßt sich ohne Vorbereitung dessen, was zur Beobachtung der gesetzlichen Form gehört, nicht denken, das Testament mag nun gerichtlich oder außsergerichtlich gemacht werden, denn ohne diese Form würde ja das Testament ohnehin nicht gelten. Alle diese Umstände zeugen aber unwidersprechlich von Bewußtseyn, Willkühr und Selbstthätigkeit. Erwägt man nun, daß der Zorn ein vorübergehender Zustand ist, der auch bey dem heftigsten Anfall doch gewöhnlich nur von kurzer Dauer ist, wie das bekannte Spruchwort zu erkennen giebt: *Ira furor brevis est*; so wäre es doch wirklich seltsam, wenn sich über die zur Realisirung der Handlung nöthige Vorbereitung nicht der Zorn unterdessen gelegt, und sich das Gemüth beruhigt haben sollte. Wird nun doch das Testament noch errichtet, so ist gerade diese Beharrlichkeit ein Beweis, *iudicium animi fuisse*, wie Paulus sagt. Daß hier der Entschluß im Zorn gefaßt ward, schadet nichts, genug wenn die Ausführung geschähe, nachdem die Ruhe des Gemüths wieder eingetreten war. Denn die Gültigkeit des Testaments ist bloß nach dem Zeitpunkt zu beurtheilen, da die Handlung des Testirens vorgenommen wurde<sup>93)</sup>. Gesezt nun aber, es ließe sich der Fall wirklich gedenken, daß auch diese Handlung in einem solchen Grade des Zorns wäre realisirt worden, welcher keine Freyheit und Gewisheit des Willens, die doch das erste und wesentlichste Erforderniß eines jeden Testaments ist, anzunehmen erlaubt; so wäre denn eine wirkliche Geistesverwirrung vorhanden, und ein solcher Zorniger eben so, wie ein höchst Betrunkener, einem Rasenden gleich zu achten. Hier nur könnte dann die oben auf-

93) *L. 2. D. h. t.*



geworfene andere Frage entstehen, nämlich ob ein in solchem Zorne errichtetes Testament durch nachher erfolgte Genehmigung Gültigkeit erhalte? Dies behaupten nun freylich viele Rechtsgelehrten wegen der oben angeführten *L. 48. D. de Regg. iuris*. Sie meinen, dieses Gesetz enthalte eine allgemeine Rechtsregel, und müsse ganz vorzüglich bey Testamenten gelten, wo der Verstorbene über die Gewißheit seines Willens nicht mehr befragt werden könne. Es müsse aber freylich, wenn das im Zorn errichtete Testament rechtliche Gültigkeit erhalten soll, eine wahre, unzweydeutige Beharrlichkeit dargethan werden können, und diese setze Zwoyerley voraus, 1) daß der Testirer bey völlig beruhigtem Gemüthe von dem, was er in der Hitze des Zorns gethan, genaue Kenntniß gehabt habe, 2) daß der Testirer bey kaltem Blute durch Worte oder passende Handlungen zu erkennen gebe, er wolle es bey seiner in der Hitze des Zorns gethanen Willenserklärung bewenden lassen. Nun erst könne man sagen: *ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse* <sup>94)</sup>. Allein ich glaube, daß hier jene Rechtsregel, welche, wie das angeführte Beyspiel, *ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur*, und die *L. 3. D. de divortis* beweist, nur auf Handlungen unter den Lebenden geht, durchaus nicht anwendbar sey, weil bey den Testamenten eine ganz andere Regel eintritt, welche wir durch *Javolenus libro X. Epistolarum* <sup>95)</sup> auf folgende Art ausgesprochen finden:

94) S. von Berg angef. Abhandl. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. LX. §. 14. S. 300 ff.

95) *L. 301. D. de Regg. iuris.*

Omnia, quae ex testamento proficiuntur, ita statum eventus capiant, si initium quoque sine vitio ceperint.

Es liegt in der That schon in der Natur der Sache, daß wenn ein Testament gleich Anfangs ungültig errichtet worden, weil der Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung dazu unfähig war, in rechtlicher Hinsicht gar kein Testament existire, ja niemals ein Testament da gewesen sey. Existirte nun aber, wegen dieser Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung, gar kein Testament, so kann ja auch ein späteres Fähigwerden desselben diesem Mangel nicht weiter abhelfen, da er die Existenz des Rechtsgeschäfts vorher durchaus verhindert hatte. Was kann also hier Beharrlichkeit des Willens, was kann nachher die im freyen Gemüthszustande erfolgte Genehmigung bey einer Handlung wirken, die rechtlich gar nicht existirt? Schon hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit der Catonianischen Regel (XXXIV. 7.) bey Testamenten, da sie aus der Natur der Sache selbst hervorgeht<sup>96</sup>). Es muß also, derselben gemäß, das ganze Rechtsgeschafft noch einmal vorgenommen werden, weil es, wegen des Mangels in der Person des Testirers, bisher auch, seinem Wesen nach, nicht als existent betrachtet werden konnte. Aus diesem Grunde wird auch das Testament eines furiosi dadurch nicht gültig, daß er nachher den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat<sup>97</sup>). Nun werden ja aber die im höchsten Grade

96) Man vergl. vorzüglich Carl Jul. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelberg 1829. 8.) 5te. Abhandl. S. 198 — 112.

97) §. 1. J. Quib. non est permiss. facere testam. (II. 12.)

Börnigen; so wie die höchst Betrunknen, in diesem Zustande den furiosis gleichgestellt. Und bey diesen sollte also der Ausspruch des Labeo <sup>98)</sup>: In eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis exigenda est, eine Ausnahme leiden?

## §. 1404. b.

Fortsetzung von Testamentsunfähigen. Taube und Stumme.

Unfähig zum Testiren sind ferner

4) Taubstumm Geborne <sup>99)</sup>. Es gehört hierher die merkwürdige Constitution des Kaisers Justinian an den Praef. Praetor. Johannes vom J. 531 post Consulatum *Lampadii et Orestis*. Sie lautet folgendermassen:

Discretis <sup>100)</sup> surdo et muto, quia non semper

L. 1. §. 8. D. de honor. poss. secundum tabb. (XXXVII. 11.)

98) L. 2. D. h. t.

99) Man vergl. Jo. Flor. Rivini Diss. de testamento surdi et muti natura talis valido. Lipsiae 1740. Greg. MAJANSII Disp. de surdorum et mutorum testamenti factione, in Eius Disputation. iuris Tom. I. (Lugd. Batavor. 1752. 4.) Nr. XXX. pag. 448 — 460. Gensler das Testament einer taubgebörnen und sprachlosen Person, im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweizer 3. Bd. XXII. S. 345 — 374. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erört. IX. S. 137 — 146. und Remb. Tob. Guyor Diss. de iure surdo-mutorum. Groeningae 1824. Cap. II.

100) Statt discretis, ist vielleicht de discretis, wegen sancimus zu lesen.

huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat: neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas obedire imperantes. Ubi autem et huiusmodi vitii non naturalis sive masculo sive feminae accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit, et aures conclusit: si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus. Sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit: et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis, et in mortis causa donationibus, et in libertatibus, et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia, quae voluerit facere: quia scimus quosdam iurisperitos et hoc subtilius cogitasse, et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod JUBENTIO CELSO placuit. In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero aures quidem apertae sint, et vocem recipientes, lingua autem eius penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet,

eum scribentem haec omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit: nullo discrimine, neque in masculis, neque in feminis in omni ista constitutione servando.

Justinian hat durch diese Constitution das ältere Recht theils geändert theils erweitert. Nach dem ältern Rechte konnten Taube und Stumme gar nicht testiren, wenn sie auch nicht Beydes zugleich waren, sie mochten schreiben oder sprechen können, oder nicht. Das Testament solcher Personen galt weder nach dem Civilrecht, noch nach dem prätorischen Rechte. Es kam auch nichts darauf an, ob der Taube und Stumme so geboren, oder ob er es durch Krankheit oder Zufall geworden war. Er mußte nur, wie in den Institutionen <sup>1)</sup> bemerkt wird, wirklich taub, d. h. gar nicht hören, und wirklich stumm seyn, d. h. gar nicht sprechen können. Denn wer nur schwer hört, oder nur schwer spricht, war nie unfähig zum Testiren. Auch ward ein Testament nicht ungültig, wenn ein solches Uebel den Testirer erst nach

1) §. 5. J. *Quib. non est perm. fac. testam.* Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et *mutus* is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Statt *variis casibus* lesen mehrere Ausgaben, z. B. die Euzajische, und die Bedische *variis causis*. Diese Lesart haben auch Herm. Bultejus, Franz Bröus, Em. Merillius, und Ev. Otto in ihren Commentaren angenommen, sie stimmt auch mit der Paraphrase des Theophilus besser überein, wo es heißt: *πλείοται δὲ αἰ τὰ τῆς ἐπαγοῦσαι αἰτία.*

Errichtung des Testaments befiehlt. So lehren die römischen Juristen noch in den Fragmenten der Pandecten.

*L. 6. §. 1. D. h. t. GAJUS libro XVII. ad Edictum provinciale.* Surdus et mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum.

Eben so lehren Pomponius *libro singulari Regularum* <sup>2)</sup>, Paulus *libro singulari de iure codicillorum* <sup>3)</sup>, Papinian *libro VI. Responsorum* <sup>4)</sup>, und Ulpian <sup>5)</sup> setzt einen Hauptgrund in der Natur und Form des ältern testamenti per aes et libram, wenn er sagt:

Mutus, surdus — testamentum facere non possunt: *mutus*, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: *surdus*, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest <sup>6)</sup>.

Nur Soldaten machten eine Ausnahme <sup>7)</sup>, weil sie an keine Testamentsform gebunden waren, sondern testiren konnten, wie sie wollten <sup>8)</sup>. Ein paganus, wel-

2) *L. 16. pr. D. h. t.*

3) *L. 8. §. 3. D. de iure codicill. (XXIX. 7.)*

4) *L. 9. §. 1. D. Unde cognati. (XXXVIII. 8.)*

5) *Fragm. Tit. XX. §. 13.*

6) Vergl. damit §. 9. *Tit. XX.*

7) §. 2. *J. de militari testam. (II. 11.)* Quinimmo et mutus et surdus miles testamentum facere potest. Eben so ULPIAN. *L. 4. D. cod. (XXIX. 1.)*

8) GAJUS *Comm. II. §. 114. L. 1. pr. D. de testam. militis. (XXIX. 1.)*

der taub oder stumm war, mußte die Erlaubniß zum Testiren beym Kaiser auswirken, wenn er seinen letzten Willen mündlich oder schriftlich zu erklären im Stande war. Diese wurde ihm auch gern ertheilt, um die *vicesima hereditatum* für das *aerarium militare* zu erhalten <sup>9)</sup>. Daher sagt *Aemilius Macer libro 1. ad Legem vicesimam hereditatum* <sup>10)</sup>, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist:

Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet eius testamentum.

Justinian hat nun in der angeführten Constitution die Strenge des ältern Rechts gemildert, und den Tauben und Stummen in gewissen Fällen erlaubt, nach

9) *S. Jo. BERTRANDI Biol νομικῶν sive de Jurisperitis Lib. I. cap. 33. pag. 155. Ev. OTTO Comm. ad §. 3. J. Quib. non est perm. fac. testam. und MAJANSII Disp. cit. §. 9. Tom. I. pag. 453.*

10) Diese *Lex vicesima hereditatum*, wie sie hier unrichtig genannt wird (*S. BACH hist. Jurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 5.*) ist die *lex Julia vicesimaria*, welche auf den Vorschlag des Kaisers Augustus im J. der Erb. R. 759. gegeben worden ist, und von Testaments-Erbchaften und Vermächtnissen eine Abgabe zu 5. von Hundert verordnete. *Caracalla* vermehrte sie bis auf zehn Procent. Der *Kr. Gratian* soll diese Abgabe abgeschafft haben; allein man nimmt dieses gewöhnlich ohne Beweis an. So viel ist gewiß, daß sie schon vor *Justinian* außer Gebrauch gekommen war. *L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani toll.* (VI. 33.) Man vergl. vorzüglich *Pet. BURMANNI Vectigalia Pop. Rom. (Leidae 1734. 4.) Cap. XI. pag. 160. sqq.*

Vorschrift derselben zu testiren. Vermöge derselben sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist Jemand taub und stumm zugleich. Dann ist er es entweder

1) von Geburt. Hier hat es Justinian bey der Regel des ältern Rechts gelassen. Ein solcher kann auch nach dieser neuern Verordnung weder ein Testament, noch Codicille machen, auch kein Fideicommiß hinterlassen, noch eine Schenkung von Todes wegen errichten. Es ist gleichviel, die taub- und stummgeborne Person sey eine Manns- oder Frauensperson. Der Grund dieser Verordnung beruht unstreitig darin, weil man Taubstumm Geborne als solche betrachtete, die den Gebrauch ihres Verstandes nicht hätten, und es auch für unmöglich hielt, daß solche Personen ihren Willen auf eine deutliche Art erklären könnten<sup>11)</sup>. Hiermit stimmen auch die Meinungen unserer heutigen Aerzte überein. Sie lehren, daß die Taubstummheit in Hinsicht der rechtlichen Folgen dieselbe Wirkung habe, wie Stumpf- sinn und Blödsinn, wenn nicht die natürliche Schwäche und Unbehülfslichkeit des Verstandes der Taubstummen, durch einen zweckmäßigen Unterricht in den Jugendjahren, mehr oder minder gehoben ist<sup>12)</sup>. Die Kunst, Taubstumme zu unterrichten, kannte nun freylich das Justinianische Zeitalter noch nicht. Daher konnte bey

11) L. 12. §. 2. D. de iudic. L. 65. §. 3. in fin. Dig. ad Sciam Trebell. (XXXVI. 1.) S. RIVINVS Diss. cit. §. VII. MAJANSIUS Disp. cit. §. 14. und WALCH ad Jouch. HORPH Commentat. ad Instit. Jus in. §. 3. Tit. Quib. non est permiss. fac. test. not. a. pag. 415.

12) S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 290. und Mas- sinus Syst. der gerichtl. Arzneylunde. §. 303.



Taubstumm-Gebornen von Auswirkung eines privilegii testamentifactionis, wie man es zu nennen pflegt, gar keine Frage seyn <sup>13)</sup>. Da es aber in unseren Tagen an mehreren Orten eigene Erziehungsinstitute für Taubstumme giebt, und die Beyspiele gar nicht selten sind, daß Personen, die taubstumm geboren sind, durch Unterricht in der Schriftsprache so weit gebracht worden sind, daß sie sich eine ziemliche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erworben haben, und in ihrer ganzen Lebens- und Handlungsweise einen gesunden Verstand und gute Bekanntschaft mit den Verhältnissen des gemeinen Lebens gezeigt <sup>14)</sup>, oder daß solche Personen wenigstens gelernt haben, sich Andern durch äussere Zeichen so verständlich zu machen, daß sie besonders von denjenigen, die mit ihnen in einem vieljährigen Umgange gelebt haben, vollkommen richtig haben ausgelegt werden können <sup>15)</sup>; in diesen Fällen aber der Grund der justinianeischen Legislation wegfällt, so fragt sich's, ob solchen Taubstumm-Gebornen nicht h. z. L. die Fähigkeit zu gestatten sey, ein Testament zu machen? Unsere Rechtsgelehrten finden kein Bedenken, diese Frage

13) Es ist aber doch auch ein Nachsuchen des Taubstummen um die *venia testandi*, sofern das Testiren möglich zu machen wäre, durch das Gesetz nicht ausgeschlossen worden. S. Gensler's angeführten Aufsatz im Archiv für die civilist. Praxis 3. B. Nr. XXII. §. 3. S. 364.

14) Einen merkwürdigen Fall enthalten von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen. 2. B. Erört. IX.

15) Solche Beyspiele haben *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 178. Just. Claproth's Abhandl. von Testamenten. §. 5. a. E. und S. 15. ff. und Gensler a. a. D. §. 2. S. 349 — 363.

zu befehlen, da aber doch nun einmahl ein deutliches Gesetz entgegensteht, so erfordert man wenigstens eine auf geschehenes Ansuchen erwirkte Dispensation des Landesherrn, welche jedoch nur nach vorher angestellter Untersuchung, wobey diejenigen, welche die Zeichen der Taubstummen zu erklären vermögen, mittelst eidlicher Verpflichtung, zu vernehmen sind, ertheilt zu werden pflegt <sup>16)</sup>. Einige <sup>17)</sup> gehen sogar so weit, daß sie in dem Falle, da der Taubstumm-Geborne durch Unterricht eine solche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erlangt hat, daß er seinen letzten Willen schriftlich zu erklären im Stande ist, nicht einmal eine landesherrliche Dispensation für nöthig halten. Sie empfehlen aber doch zu mehrerer Sicherheit die Nachsuehung um eine landesherrliche Erlaubniß. Ich bin indessen überzeugt, daß wenn allenfalls die landesherrliche Genehmigung zu spät eintreffen sollte, auch davon abgesehen, daß Gnadenrescripte ohnehin schon gleich mit dem Tage ihrer Ausfertigung in Wirksamkeit treten, das Testament dennoch selbst nach den deutschen Reichsgesetzen für gültig erklärt werden müßte. Die Notariats-Ordnung Kaisers

16) PUFENDORF c. l. Claprotth a. a. D. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1253. not. d. RIVINUS Diss. cit. §. XV — XXI. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. ult. §. 688. not. z. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 797. HUFELAND Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1084. not. 2. Genßler angef. Abh. S. 346. von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 442. u. a.

17) Sam. STRYK de caut. testamentor. Cap. IV. §. 28. und von Bülow und Hagemann angeführte Erörterungen. 2. Bd. S. 144. f.

Maximilian I. vom J. 1512. Tit. von Testamen-  
ten §. 4. sagt:

„Item: Es gehört zu einem jeden Testament, daß  
der oder die, so Testament machen, mit verständlichen  
Worten reden, oder aber schreiben können: denn welcher  
deren Keins könnte, der wird darin einem Todten gleich-  
geacht, und mag kein Testament machen.“

Sollte man hieraus nicht mit Grund die Schluß-  
folge ableiten können: Wer seinen letzten Willen ver-  
ständlich niederzuschreiben vermag, sey er auch von Na-  
tur gehörlos, und auch zum Sprechen ganz unfähig, ist  
nach diesem Gesetz befugt, auch ohne vorgängige beson-  
dere Erlaubniß des Regenten, ein Testament zu machen?

2) Der Taubstumme ist nicht so geboren, sondern  
hat durch Krankheit oder Zufall das Gehör sammt der  
Sprache verloren. Hier kommt es darauf an, ob der  
Taubstumme schreibkundig, und daher fähig ist, seinen  
letzten Willen niederzuschreiben. Dann kann er gültig  
testiren, und zwar ohne vorher eine besondere  
Erlaubniß des Landesherrn einholen zu dürfen<sup>18)</sup>. Denn das Gesetz gedenkt dieser Bedingung  
nicht. Merkwürdig sind die Worte:

Si ponamus huiusmodi personam *litteras scien-  
tem*, omnia, quae priori interdiximus, haec ei *sua  
manu scribenti* permittimus.

Wie wenn der Taubstumm-Gewordene zwar nicht  
selbst schreiben, aber das von Andern Niedergeschriebene  
lesen und verstehen könnte, wie wenn diese Person auch  
durch Zeichen auf eine verständliche Art andeuten könnte,

<sup>18)</sup> S. Genslers angef. Abhandl. §. 3. S. 367.

was sie niedergeschrieben haben wolle, und dieses auch von ihr gelesen, und als richtig niedergeschrieben von ihr durch deutliche Zeichen zu erkennen gegeben worden? Sollte diese Person nicht das nämliche Recht, wie die schreibkundige, haben? Ich glaube nicht. Denn das Gesetz macht das eigenhändige Niederschreiben des letzten Willens zur ausdrücklichen Bedingung der Testamentsfähigkeit einer solchen Person. Der Fall würde also bloß zu einem Gesuche um die landesherrliche Erlaubniß, ein Testament machen zu dürfen, geeignet seyn <sup>19)</sup>.

II. Es ist Jemand nur Eins von Beiden, entweder bloß taub, oder bloß stumm. Hier kann der Taube, wenn er sprechen kann, mündlich, der Stumme aber, wenn er schreiben kann, schriftlich testiren, ohne Dispensation. Doch ist auch hier das Selbstschreiben eine unerläßliche Bedingung. Ob der Testator taub oder stumm geboren, oder es durch Krankheit oder Zufall geworden, darauf soll nichts ankommen. Daß nun Jemand stumm geboren seyn, und doch vollkommen hören könne, ist kein sehr seltner Fall; allein daß Jemand taub geboren seyn, und doch verständlich sprechen könne, oder, wie sich Justinian ausdrückt, daß einer *naturaliter surdus* seyn könne, *cui vox articulata a natura concessa est*, dürfte wohl ein kaum denkbarer Fall seyn. Schon Plinius <sup>20)</sup> sagt: *Auditus cui hominum primo negatus est, huic et sermonis usus ablatu: nec sunt naturaliter surdi, ut non iudem sint et*

19) Gensler a. a. D. Not. 19. S. 367.

20) *Natur. Histor. Lib. X. Cap. 88. (Tom. II. pag. 403. edit. Joan. HARDUINI Paris 1685. 4.) in and. Ausg. Cap. 69.*

*muti.* Wie kann man einer Person die Sprache beybringen, die von Natur taub ist? Wie kann sie sprechen lernen, da sie keinen Sprechenden hören kann? Eben dieses hat auch schon MAJANSIUS <sup>21)</sup> erinnert. Dem Kaiser Justinian schien aber doch dieser Fall nicht unmöglich zu seyn, weil er, gestützt auf die Auctorität des Röm. Juristen Juventius Celsus, annahm, kein Mensch werde geboren, der ganz ohne alles Gehör sey. Er vernehme die Stimme, si quis supra cerebrum illius loquatur. Ob der Vater P. Juventius Celsus, wie Guido Panzioli <sup>22)</sup> glaubt, zuerst diese Erfahrung gemacht, oder sein Sohn, den Paulus L. 91. §. 3. *D. de Verbor. Obligat.* CELSUS *adolescens* nennt, und welchen Johann Bertrand <sup>23)</sup> für den Erfinder dieser Kunst hält, läßt sich nicht bestimmen. Megid. Menage <sup>24)</sup> macht indessen die ganze Sache verdächtig. Er selbst, sagt er, habe eine Geschichte der Medizin geschrieben, und könne mit Zuverlässigkeit versichern, daß kein einziger der alten Aerzte Etwas davon gemeldet habe. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach unserm Gesetz ein Tauber, er sey nun entweder so geboren, oder es erst geworden, nur dann ohne Dispensation testiren könne, wenn er schreiben, oder vernehmlich sprechen kann <sup>25)</sup>.

21) Disp. cit. §. 11. pag. 455. Man sehe auch Jo. KLEIN de testatore cauto. (Rostochi 1699.) Cap. II. nr. 99. sqq.

22) De claris Legum interpretib. Lib. I. Cap. 33.

23) De Jurisperitis. Lib. I. Cap. 10.

24) Juris civ. Amoenitat. Cap. XXVII. pag. 154. sqq. (edit. Jo. Guil. HOFFMANNI.)

25) S. Gensler's angef. Schrift Rot. 21. Jedoch führen MENAGIUS c. l. MAJANSIUS cit. Disputat. §. 11. und *Ulr.*

Gerichtlich erklärte Verschwender.

Den Wahnsinnigen werden in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens

5) die gerichtlich erklärten Verschwender gleichgestellt <sup>26)</sup>. Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum* <sup>27)</sup> sagt von dem einen, wie von dem andern: *Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.* Diesen ist daher die Verwaltung ihres Vermögens genommen, um es ihnen und ihrer Familie zu erhalten. Sie stehen demnach, wie Wahnsinnige, unter der Curatel, und haben keine Dispositionsfähigkeit. So wenig sie also die Fähigkeit haben, Veräußerungen vorzunehmen <sup>28)</sup>, so wenig haben sie auch die Fähigkeit ein Testament zu machen. Daher heißt es in den Institutionen:

HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 22. §. 5. Beispiele von Personen an, welche taub geboren waren, und doch einigermaßen sprechen gelernt haben, ja Menage führt Fälle an, wo man das Mittel des *Turventius Celsus* mit gutem Erfolg versucht hat. Man sehe auch Höpfner's Commentar über die *Heinec. Institutionen.* §. 468. Daß dann solche Taubgeborenen, welchen man durch Kunst schreiben oder sprechen gelernt hat, testiren können, behauptet auch *Christ. Gottl. BERNER ad HEINECCII Institut. iur. civ. edit. sec. a se curat. Lib. II. Tit. XII. §. 517. not. 4.*

26) MÜLLERBRUCH *Doctr. Pand. Vol. III. §. 461. vergl. mit Vol. II. §. 213. Ganz Röm. Erbrecht. 2. B. S. 155.*

27) *L. 40. D. de Regul. iuris.*

28) *L. 10. pr. D. de curator. furios.*

§. 2. II. 12. *Quib. non est permiss. fac. testament.* Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest.

Eben so lehrt Ulpian L. 18. pr. D. h. t. Is, cui lege (i. e. legitimo modo a Praetore vel Praeside) bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet.

Also nicht dem Verschwender, als solchem, wird Wille und Verstand abgesprochen; nein, es heißt vielmehr in dem Rescript des *Divus Pius* bey Ulpian <sup>29)</sup>: et si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse; sondern insofern ihm wegen seiner verschwenderischen Haushaltung die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit untersagt, und demselben ein Curator exemplo furiosi, wie Ulpian <sup>30)</sup> sagt, gegeben worden ist, wird er einem Wahnsinnigen gleichgeachtet, der keinen Willen hat, nämlich hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen. Die Testamentsunfähigkeit des Prodigus ist also blos Folge der bonorum interdictio. Es erhellet dieß daraus offenbar, weil ja das Testament, welches ein Prodigus vor der Interdiction gemacht hat, gültig ist, und gültig bleibt. Ulpian sagt es in der angeführten Stelle ausdrücklich:

Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit.

Und in den Institutionen heißt es: Sed id,

29) L. 12 §. 2. D. de tutor et curat. dat.

30) L. 1. pr. D. de curat. furios.

*quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.*

Wäre nun der Verschwendet schon wegen seiner schlechten Haushaltung allein einem Wahnsinnigen gleichzuachten, wie könnte auch das Testament gültig seyn, was der Prodigus vor der Interdiction gemacht hat? Denn die Interdiction kann ihm ja nicht mehr, und nicht weniger Verstand geben, als er hat, wie auch schon Franz Connanus<sup>31)</sup>, und Emanuel Soarez a Ribeira<sup>32)</sup> sehr richtig bemerkt haben. Daher giebt Ulpian<sup>33)</sup>, da wo er von den Personen handelt, welche die Fähigkeit zu testiren nicht haben, bey dem furiosus einen ganz andern Grund an, als bey dem prodigus. Von jenem sagt er: *quoniam mentem non habet*, von diesem aber:

*Prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.*

Zwar lehrt nun freylich auch derselbe Ulpian<sup>34)</sup>: *Commercium est emendi vendendique invicem ius*, es war auch wirklich das zur Zeit Ulpian's übliche Testament per aes et libram eine förmliche Mancipation, d. h. ein Scheinverkauf des Vermögens an den familiae emtor,

31) *Commentarior. iuris civ. Tom II. Lib. IX. Cap. 4. fol. 675. (Lutetiae 1553. f.)*

32) *Observationum iuris lib. Cap. XII. (in Thes. Meerman. Tom. V. pag. 572.)*

33) *Fragm. Tit. XX. §. 13. (in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 59. sq.)*

34) *Fragm. Tit. XIX. §. 5. (bey Hugo pag. 51.)*



und eine solche Mancipation konnte der prodigus, cui honorum suorum administratio interdicta est, freylich nicht vornehmen, wie Ulpian selbst sagt. Allein deswegen ist doch das Commercioum keinesweges in dem höchst beschränkten Sinne vom Kaufen und Verkaufen zu nehmen. Denn das Testament, von dem Ulpian spricht, bestand nicht in einer bloßen Mancipation, ein ganz davon verschiedener zweyter Act war das Aussprechen des Willens, die *nuncupatio testamenti*, welche mit der Formel geschah: *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium perhibite* <sup>35)</sup>; zu deren Erläuterung Gajus noch hinzufügt: *nuncupare est enim palam nominare, et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.* Das Wort *emtio* hatte also in älterer Zeit eine viel ausgedehntere Bedeutung, es bezeichnete nach dem Sprachgebrauche der XII Tafeln eigentlich jede Art der Alienation, und also den Vermögensverkehr überhaupt, der auch durch Testament geschah. Sietan läßt uns Pomponius nicht zweifeln, wenn er *libro XVIII. ad Quintum Mucium* <sup>36)</sup> sagt:

Sed verissimum est, quod et ARISTO CELSO

35) ULPIANUS *Fr. Tit. XX. §. 9.* und GAJUS *Institut. Comment. II. §. 104.* Man s. auch Gans *Röm. Erbrecht.* 2. Bd. S. 76.

36) *L. 29. §. 1. D. de Stataliberis. (XL. 7.)* Diese ausgedehnte Bedeutung hatten auch wohl die Worte: *ob eam rem tibi aere commercioque interdico*, in der alten Formel der Prodigalitätserklärung. PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7.*

rescripsit: posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum EMTIONIS verbo omnem alienationem complexa videretur, nec interesse, quo genere quisque dominus eius fieret.

So war also unstreitig auch die testamentificatio unter dem commercium oder ius commercii begriffen, denn sie ist, wie Burchardi<sup>37)</sup> sehr richtig sagt, *commercium* bezogen auf Erbrecht, und besteht nicht bloß in dem Rechte ein Testament zu machen, sondern überhaupt in dem Rechte zu erben und beerbt zu werden, wovon die Befugniß sich einen Testamentserben zu ernennen, nur eine besondere Anwendung ist. Dieser wahre Grund, warum gerichtlich erklärte Verschwender nicht testiren können, den Ulpian darin setzt, daß ihnen durch die Interdiction das *ius commercii* entzogen sey, blieb daher gültig, nachdem auch schon längst das testamentum per aes et libram ausser Gebrauche war. Daher auch Justinian den Satz, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender nicht testiren kann, sowohl in seine Institutionen als Pandecten hat aufnehmen lassen. Diejenigen<sup>38)</sup> haben sich daher sehr getäuscht, welche sich den Schluß erlaubt haben, weil die zur Zeit Ulpian's

37) Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privat. entwickelt. 1. Buch. §. 9. S. 52.

38) So z. B. Christ. HANACCIUS in Disp. qua ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum tuetur. Vitembergae 1724. 4. §. 55. und Jo. Mich. MANNERT in Diss. contin. aliquot observationes ad doctrinam de testamento prodigi spectantes. Erlangae 1811. 4. S. V. sqq.

übliche Testamentsform per aes et libram schon längst vor Justinian auffer Gebrauch gekommen, so falle der Grund des Gesetzes, und mit demselben auch die Verordnung des Römischen Rechts selbst weg. Der Grund, den Ulpian anführt, ist vielmehr noch jetzt der nämliche, wie auch Ludw. Gottfr. Madihn<sup>39)</sup>, Püttmann<sup>40)</sup> und Schweppe<sup>41)</sup> mit Recht behaupten. Andere<sup>42)</sup> wollen jedoch noch den Grund für besonders zutreffend halten, daß nämlich dadurch der prodigus verhindert werde, sich etwa an seinen Intestaterben, die ihn meistens unter Curatel bringen, durch testamentarische Verfügung zu rächen. Allein um der Intestaterben willen hätten die Gesetze nicht nöthig gehabt, dem Prodigus die Testamentsfähigkeit zu versagen. Denn sind es keine Notherben, so können sie ohnehin nach Gefallen übergangen werden; und auch die Notherben haben nur auf ihren Pflichttheil ein gegründetes Recht, welcher ihnen deswegen nicht genommen werden kann, weil sie den Verschwender unter die Curatel haben setzen lassen.

Nach einer Novelle des Kaisers Leo des Philosophen<sup>43)</sup> soll jedoch das Testament eines gerichtlich erklärten Verschwenders in dem Falle aufrecht erhalten wer-

39) *Commentat. de iure testandi prodigis frustra vindicato. Halae 1771. 4. pag. 10 sq.*

40) *Probabil. iuris civ. lib. II. Cap. 2. pag. 16.*

41) *Röm. Rechtsgeschichte. §. 441. S. 637. (der 2. Ausgabe. Götting. 1826.)*

42) *Jo. Frid. GILDEMEISTER Progr. Observationes nonnullas varii argumenti, quae ad rem legitimam pertinent, cont. Breae 1778. 4. Oba. IV. und Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1404. S. 215. f.*

43) *Nov. XXXIX.*

den, wenn es vernünftig gefaßt ist, und keine Spuren verschwenderischer Gesinnungen enthält. J. B. der Prodigus hat zum Besten seiner Familie, oder zu Gunsten der Armen testirt. Ob aber diese Novelle heut zu Tage anwendbar sey, ist eine bekannte Streitfrage, welche freylich von mehreren Rechtsgelehrten <sup>44)</sup> bejahet wird. Allein daß die Leonischen Novellen, welche den Glossatoren ganz unbekannt waren, erst in der andern Hälfte des 16. Jahrhunderts durch Heinrich Scrimger bekannt, und erst, seitdem sie Heinrich Agyläus ins Lateinische übersetzt hatte, dem Corpus iuris civilis beygefügt wurden <sup>45)</sup>, ja deren Gültigkeit selbst im Orient von griechischen Schriftstellern bezweifelt wird <sup>46)</sup>; in Deutschland

44) Jo. Frid. OLEARIUS in Progr. de valore Novellar. Leonis. (Lipsiae 1708.) §. VIII. *Casp. Achat. BECK* de Novellis Leonis Aug. et Philos. earumque usu et auctoritate. §. XXVIII. pag. 152. (edit. ZEPERNICK. Halae 1779. 8. adjunct. est OLBARII Progr. pag. 400.) Sam. Frid. WILLENBERG de testamento prodigi §. VII. sqq., in *Selectis iurisprud. civ.* (Gedani 1728. 4.) P. II. Exercit. XXIV. pag. 491. sqq.

45) G. Car. Frid. ZEPERNICK Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionib. inprimis Novellis Leonis Sapientis. Sect. III. §. 17. sqq. adj. BECKII libro cit. pag. 324. sqq. Die älteste Ausgabe, in welcher man diese Novellen nach der lateinischen Uebersetzung des Agyläus findet, ist die *Lugduni* 1562. in fol. von Wem dieselbe veranstaltet worden, läßt sich nicht bestimmen, denn der Herausgeber hat sich nicht genannt. Eine nähere Beschreibung dieser Ausgabe wird man in dem Addendo zu der gedachten Zepernickischen Schrift finden.

46) G. Jo. Th. SEGER Diss. de Leonis Philos. constitutionum Novellarum auctoritate. (Lipsiae 1767.) §. III. sqq.

weder angenommen sind, noch haben angenommen werden können, kann man jetzt wohl als eine ganz entschiedene Sache ansehen, seitdem durch die treffliche Abhandlung des um die geschichtliche Rechtswissenschaft hochverdienten ZEPERNIG<sup>47)</sup> jeder Zweifel beseitigt worden ist.

Anderer<sup>48)</sup> hingegen meinen, die Novelle des Kaisers Leo enthalte gar kein neues Recht, sondern spreche nur das aus, was nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation schon im Geist des Römisch-Justinianischen Rechts liege, um so weniger sey daher die heutige Anwendbarkeit der Leonischen Novelle zu bezweifeln. Wollte man, sagen sie, den gerichtlich erklärten Verschwendern die rechtliche Fähigkeit absprechen, ein Testament zu machen, so würden sie ja noch härter behandelt werden, als die wirklich Rasenden, denen sie doch sonst in den Gesetzen gleichgestellt würden. Die Ähnlichkeit eines Rasenden und eines Verschwenders, von der hier die Gesetze ausgehen, bringe es vielmehr mit sich, daß beyder Testamente nach denselben Grundsätzen behandelt werden müßten. Auch den Rasenden sey es verboten, ein Testament zu machen. Der Grund sey

(in *Opuscul. a Jo. Lud. KLÜBER* edit. Vol. I. p. 289. sqq.)  
und ZEPARNICK ad *Beckii* libr. cit. pag. 72. sqq.

47) *Conjecturae, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant.* Adject. *Beckii* libro de *Novellis Leonis*, adpers. *animadversionib. et mantissa commentationum a se edit.* pag. 403—552. Man vergl. auch den 1. Th. dieses Commentars §. 65.

48) *Fried. Hoppe* Lehre von juristischen Verschwendern. §. 12 14. und *MANNERT* *Diss. cit. de testamento prodigi.* §. X. et XI.

offenbar der, weil der Rasende keinen Willen hat. Wenn der Grund wegfällt, so falle auch das Begründete weg. Der Gesetzgeber handelte also sehr consequent, wenn er dem Rasenden erlaubte, so bald man untrügliche Kennzeichen von seinem vernünftigen Willen habe, in lichten Zwischenräumen seinen letzten Willen zu errichten. Auch den Verschwender sähen die Gesetze als einen Seelenkranken an, der, so lange er dieß ist, keinen vernünftigen Willen zu haben vermuthet wird. Aus diesem Grunde hätten sie ihm die Testamentifaction verboten. Aber auch ein Verschwender könne lichte Zwischenräume haben. Es sey also auch die Einschränkung jenes Verbots bey dem Rasenden auf den Verschwender auszudehnen. Die Gesetze enthielten zwar diese Einschränkung bey dem Verschwender so ausdrücklich nicht, wie bey dem Rasenden, aber doch indirect. Dieses ergebe sich aus der Verbindung, in welcher die Gesetze von der Testamentifaction beyder sprächen. In den §§. 1. 2. u. 3. *J. Quibus non est permiss. fac. testam.* werde nämlich verordnet, daß Testament eines Rasenden solle gelten, wenn seine Krankheit — furor — zur Zeit der Testamentserrichtung nachgelassen hat. Nach denselben Grundsätzen — Item —, durch welches Wort der §. 2. mit dem vorhergehenden §. verbunden worden ist, könne auch der Verschwender kein Testament machen, d. h. so lange er Verschwender, so lange er krank ist. Nach denselben Grundsätzen — item — werde auch §. 3. das Testament eines Tauben oder Stummen beurtheilt, d. h. wenn ihn seine Krankheit nicht an der Errichtung seines Willens hindert. Diese drey Fälle wolle der Gesetzgeber unstreitig nach denselben Grundsätzen behandelt wissen,

deswegen habe er sie so sorgfältig zusammengestellt, und sage am Schluß des §. 3. noch: Unde nostra constitutio etiam his subvenit. Er wolle also auch den Tauben und Stummen durch seine Verordnung ihre Testamentification vorbehalten. In diesem *etiam his* liege es also deutlich, daß er diese drey Fälle nach denselben Regeln beurtheilte. Diese Ansicht werde nun noch besonders durch *L. 1. D. de curat furios.* unterstützt, wo Ulpian sage: wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehre, so höre die Curatel über dieselben ipso iure auf. Dies könne nun wohl nicht anders verstanden werden, als so, sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden hat, so solle angenommen werden, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel ipso iure aufhöre. Dieses ipso iure stehe also hier, nach einer richtigen Folgerung, mit dem Grundsatz in der genauesten Verbindung, daß ein Rasender in lichten Zwischenräumen testiren könne, und da dieses in dem Gesetz der Pandecten auch auf den Verschwender ausgedehnt wird, so habe das Gesetz hierdurch indirect dem Verschwender in lichten Zwischenräumen zu testiren erlaubt. So lange sich nun der Verschwender in der Curatel befindet, ist er freylich mäßig und sparsam, nach der Vorschrift seines Curators, zu leben genöthigt, es fehlt ihm also an Gelegenheit, Proben von seiner Lebensbesserung zu geben. Nur aus einer Handlung, die das offene Gepräge der Vernünftigkeit trägt, könne daher diese erkannt werden. Eine solche, — ja die concludenteste documentirte — Handlung sey das Testament, der materiell vernünftige Inhalt des letzten Willens. Dieser sey ein ver-

nünftiger, wenn er ein rechtsgemäßer ist. Sey nun Niemand darin übergangen, der nicht übergangen werden durfte, sey Niemand darin enterbt, der nicht enterbt werden durfte, u. s. w. so sey das Testament gültig, denn es sey ein rechtsgemäßes und also ein vernünftiges Testament. Man habe nun auch nicht einmal mehr nöthig, sich auf die Leonische Novelle zu stützen, und könne die Frage, ob die Novellen des K. Leo in Deutschland recipirt seyen, oder nicht, süglich auf sich beruhen lassen. Denn die Meinung empfehle sich schon durch ihre Billigkeit, und sey, obgleich auch wegen der Auctorität der gedachten Novelle, in der Praxis längst angenommen, wie durch die Zeugnisse eines Carpzovs<sup>49)</sup>, eines Joh. von Sande<sup>50)</sup>, und Johann Philippi<sup>51)</sup> erwiesen werden will. Es lasse sich aber auch mit leichter Mühe beweisen, daß die Novellen des Kaisers Leo in Deutschland mit dem Corpus iuris civilis seyen angenommen worden<sup>52)</sup>. Denn in der Reichshofrathsbordnung Ferdinand III. von J. 1654 heiße es ausdrücklich<sup>53)</sup>:

„So sollen auch unsere kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, &c. &c. — das *Corpus iuris civilis* und *canonici*, — auf der Reichshofrathsb-Tafel, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrückt werden.“

49) Jurispr. for. P. III. Const. VI. Def. 11.

50) Decision. Lib. IV. Tit. I. Def. 3.

51) Us. pract. Institut. Just. Lib. II. Tit. 12. Ecol. 52.

52) Man sehe hier MANNERT Diss. cit. §. XI.

53) Tit. VII. §. 24.



Hiermit sey also das ganze Corpus iuris civilis mit allen seinen Anhängen für gültig erklärt, wie daraus erhelle, weil sich damals die Ausgaben des Dionys. Gothofredus in aller Händen befunden hätten, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten, die deutschen Kaiser aber die alten Römischen Kaiser, also den Kaiser Leo fogut, wie den R. Justinian, ihre Vorfahren am Reiche genannt hätten.

Ullein aller dieser Gründe ungeachtet, so scheinbar sie auch immer sind, bleiben dennoch die Gründe für die verneinende Meinung überwiegend. Dürfte man sich freylich über das geschriebene Recht hinaussetzen, und bloß das Billigkeitsgefühl eintreten lassen; so würde ich kein Bedenken finden, der bejahenden Meinung beizutreten. So aber muß ich die undankbare Mühe bedauern, die man sich gegeben hat, eine Meinung zu vertheidigen, die sich doch, so lange das Justinianische Recht in Deutschland gilt, durchaus nicht rechtfertigen läßt. Wie kann diese Meinung im Geist des Justin. Rechts gegründet seyn, welches dem Prodigus, so lange er in der Curatel ist, die Testamentsfähigkeit rund abspricht? Wie kann hier eine Aehnlichkeit zwischen einem Prodigus und einem Furiosus Statt finden, wenn man erwägt, daß dem erstern die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit ausdrücklich untersagt, der letztere aber nur aus Mangel des Vernunftgebrauchs unter Curatel gesetzt ist? Darum kann freylich der Furiosus testiren, wenn durch den Eintritt eines lichten Zwischenraums jenes Hinderniß gehoben ist, weil ihm kein Verbot entgegensteht. Hört denn aber auch die Wirkung des Interdicts, und diese besteht ja bey dem Prodigus in der Unfähigkeit über sein Vermögen zu disponiren, und ein Testament zu

machen, ipso iuro auf, wenn er ein vernünftigt Testament macht? So will man freylich den Utpian L. 1. D. de curat. furios. verstehen. Man hätte auch allenfalls noch eine andere Stelle von Paulus <sup>54)</sup> anführen können, welcher sagt:

Prodigus recepta vitae sanitate, ad bonos mores reversus, et testamentum facere, et ad testamenti solennia adhiberi potest.

Allein mit welchem Rechte? Dieß ist schon an einem andern Orte <sup>55)</sup> ausführlicher gezeigt worden. Die Dispositionsfähigkeit tritt nicht eher heym prodigus wieder ein, als wenn nach vorhergegangener Untersuchung das Interdict wieder aufgehoben worden ist. Anders versteht auch Anton Schulting <sup>56)</sup> die Stelle des Paulus nicht, wenn er sagt: *Quando id constat decreto magistratus, ut ita unumquodque eo solvatur modo, quo colligatum est: alioquin res haec valde esset incerta, quae tamen debet esse certissima.* Wo hat wohl irgend ein Gesetz von lichten Zwischenräumen bey Verschwendern gesprochen? Sind dieß nicht leere Träume, die durch eine falsche Auslegung der Gesetze erzeugt worden sind? So lange also nicht die Ursache der Testamentsunfähigkeit, nämlich die Interdiction mit Aufhebung der Curatel beseitiget, und dem Prodigus der Vermögensverkehr, das commercium, welches ihm durch die Interdictio, genommen war, wieder geworden ist, ist

54) *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 4. A. §. 12.* (in *Ant. SCHULTINGI Jurispr. vet. Antejust. pag. 343.*)

55) *§. 130 ff. §. 307 ff.*

56) *Ad loc. cit. PAULI not. 38.* Man sehe auch Westphal's Theorie des Röm. Rechts von Testamenten. S. 39.

und bleibt das von ihm während der Curatel gemachte Testament ungültig, sey es auch immerhin noch so vernünftig verfaßt <sup>57)</sup>. Denn durch die Interdiction ist ihm ja nicht der Vernunftgebrauch, sondern nur die eigne Verwaltung seines Vermögens untersagt. Vergleichen hat man einen Beweis für die entgegengesetzte Meinung in der Verbindung der §§. 1. 2. u. 3. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* zu finden gemeint. Denn offenbar heißt *item* hier nicht soviel, daß das Testament eines Rasenden und eines Verschwenders nach einerley Grundsätzen behandelt werden solle; nein; *item* ist eine *particula continuativa praecedentium*, wie Johann Strauch <sup>58)</sup> sagt, und heißt soviel als *porro, praeterea*, welches letztere Bindewort auch Justinian selbst §. 1. dieses Titels gebraucht hat. Justinian braucht *Item* überall in seinen Institutionen, wenn er von mehreren Gegenständen handelt, welche unter ein Genus gehören, so wie er hier von den Personen handelt, welchen es nicht erlaubt ist, ein Testament zu machen, und diese nun mittelst der Partikel *item* nach einander auführt. Hier hätte nun Justinian gerade die schicklichste Gelegenheit gehabt, zu sagen, das Testament eines Prodigus solle gelten, sofern es auf eine vernünftige und rechtsgemäße Art eingerichtet ist, wenn dieß seine Meinung gewesen wäre. Könnte das Testament eines Prodigus wegen seiner Vernunftigkeit gelten, warum sollte denn nicht auch ein Prodigus

57) С. ВАСНОВИУС ad *Treatlerum* Vol. II. P. I. Disp. X. Th. III. Lit. D. Verb. *Quin et si probę.* pag. 532. und der Gebr. Overbeck *Meditationen über verschied. Rechtsmaterien.* 8. Bd. *Medit.* 414.

58) *Lexicon. particularum iur. voc. Item.*

bey einem Testament als Zeuge zugezogen werden können, wie ein Furiosus zur Zeit eines vernünftigen Zwischenraums <sup>59)</sup>? Ist nicht bey einer Testamentshandlung Zeuge zu seyn, eine eben so vernünftige Handlung? und doch wird ihm auch diese Fähigkeit abgesprochen <sup>60)</sup>. Um jedoch wieder, auf das Wörtchen item zurückzukommen, so hat dieses nicht einmal Theophilus in seiner griechischen Paraphrase beybehalten. Dieser sagt geradezu:

Οὐδὲ τὸν ἄσωτον, ἢ τῶν οἰκείων πραγμάτων ἢ διοικήσεως ἀπηγόρευται, ὁ νόμος συνχαρῆ διατίθεσθαι  
i. e. *Nec prodigum, cui bonorum suorum administratio interdicta est, lex testari permittit.*

Soviel hiernächst die zur Hülfe genommene Auctorität der angeführten practischen Juristen betrifft, so kann diese darum nichts entscheiden, weil sie durch gleich wichtige Zeugnisse für das Gegentheil aufgewogen werden kann. Sollte nicht die Auctorität eines Christ. Phil. Richters <sup>61)</sup>, Joh. Brunnemanns <sup>62)</sup>, Nic. Christoph Lynckers <sup>63)</sup>, Sam. Strynck's <sup>64)</sup>, Just. Henn. Böhmers <sup>65)</sup>, Goswin von Esbach <sup>66)</sup> und Aloys

59) L. 20. §. 4. D. h. t.

60) L. 18. pr. D. h. t.

61) Decision. P. I. Decis. 43.

62) Decision. Centur. V. Decis. 23. pag. 330.

63) Respons. P. I. Resp. 631. pag. 933. Eiusd. Decis. Cent. V. Decis. 23.

64) Us. mod. Pand. h. t. §. 12. und Tr. de cautelis testamento. Cap. III. §. 27.

65) Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 631. Qu. 1. pag. 934. sqq.

66) Notae et Addition. ad Carpzovii Jurispr. for. ad P. III. Const. VII. Def. 11. pag. 399.

von Kreittmayr <sup>67)</sup> eben soviel gelten? Daß auch das heutige deutsche Recht hierin mit dem Römischen übereinstimme, wo nicht etwa durch besondere Landesgesetze <sup>68)</sup> davon abgewichen ist, haben Carl Fried. Walch <sup>69)</sup>, Joh. Fried. Eisenhart <sup>70)</sup> und Johann Christ. von Quistorp <sup>71)</sup> überzeugend dargethan. Fast ist es nun nicht mehr der Mühe werth, über den aus der Reichshofrathsbordnung Ferdinand III. hergenommenen vermeintlich neuen Beweis für die reichsgesetzmäßig geschene Aufnahme der Leonischen Novellen in Deutschland noch ein Wort zu verlieren. Offenbar ist hier das *Corpus iuris civilis* gemeint, soweit es schon längst vor Ferdinand dem III. ja schon vor Maximilian I. in Deutschland recipirt zwar, und dieses war das Justinianische Gesetzbuch, welches in derselben Reichshofrathsbordnung Tit. I. §. 15. mit dem Namen der kaiserlichen Rechte, und Tit. VII. §. 21. mit dem Namen der gemeinen beschriebenen Rechte bezeichnet wird, in welcher Hinsicht denn auch Kaiser

67) Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 3. Th. 5. Kap. §. III. nr. 9. S. 272. f. (München 1796. 8.)

68) So kann z. B. sowohl nach dem allgem. Preuss. Landesrechte 1. Th. 12. Tit. §. 27. als nach dem Oesterreich. Landrechte 2. Th. §. 568. der Verschwender während der Vormundschaft, zum Nachtheil der gesetzlichen Erben, nur über die Hälfte seines Nachlasses durch Testament gültig verfügen.

69) *Commentat. de testamentis prodigi iure Germanico invalido.* Jenae 1754. 4.

70) *Disp. de iure testandi prodigo non competente.* Helmst. 1749.

71) *Rechtliche Bemerkungen* 2. Th. Bemerk. V. S. 21. f. (nach Desf. Tode herausgegeben von G. Wiese. Leipzig 1798. 4.)

Maximilian I. in seinen selbst für das deutsche Reich gegebenen Gesetzen die Kaiser Constantin und Justinian seine Vorfahren am Reiche nennt <sup>72)</sup>. Mögen also zur Zeit Ferdinands III. die Novellen des Kaisers Leo immerhin schon in den damals gangbaren Gothofredischen Ausgaben des *Corporis iuris civilis* gestanden haben; so waren gewiß diese nicht mitgemeint. Denn sonst müßten ja auch die übrigen Verordnungen der byzantinischen Kaiser, es müßten nicht minder die *capitula feudorum extraordinaria* in Deutschland recipirt seyn, weil auch diese in den Gothofredischen Ausgaben den Novellen des Kaisers Justinian beygefügt sind, wenn der Kaiser Ferdinand III. das ganze *Corpus iuris civilis* mit allen seinen Nebentheilen gemeint hätte. Daß aber diese in Deutschland keine gesetzliche Kraft haben, ist eine längst anerkannte Wahrheit <sup>73)</sup>. Hätten sie solche wirklich erhalten, so dürften sie ja auch in den glossirten Ausgaben nicht fehlen.

72) S. Pütter's *Abh. Wie das Justinianisch-Röm. Gesetzbuch in Deutschl. zur gesetzl. Kraft gediehen sey?* in Derselben *Verträgen zum deutsch. Staats- und Fürstenrechte.* 2. Th. Nr. XXIII. S. 30. ff.

73) S. was die den Novellen des Kaisers Justinian beygefügtten Constitutionen der byzantinischen Kaiser betrifft, meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 269. ff. und den 1. Th. des Commentars §. 56. Soviel aber die *capitula feudorum extraordinaria* oder *extravagantia* anlangt, Ge. Mich. Webers's *Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts.* 1. Th. §. 32. S. 280. ff. und Carl Fried. Dies's *Vätergeschichte des Longobard. Lehnrechts.* (Halle 1822.) 8. Abh. §. 8. S. 410. ff.

Baudouza nahm sie zwar in seine Ausgabe <sup>74)</sup> auf, allein, wie er sich ausdrückt, bloß darum, *Ne quid huic novae Corporis iuris civilis editioni deesset, quod priores editiones desiderare posset* <sup>75)</sup>. Und wie käme denn gerade die Ausgabe des Dionys. Gothofredus zu der Ehre, vom Kr. Ferdinand III. berücksichtigt worden zu seyn, da es ja keine einzige Ausgabe vom Corpus iuris civilis giebt, welche unter den Auspicien der gesetzgebenden Macht in Deutschland veranstaltet, oder von derselben bestätigt worden ist? Oder meint man etwa, durch die angeführte Reichshofrathsordnung des Kaisers Ferdinand III. sey das Corpus iuris civilis erst in Deutschland eingeführt worden? Normirte nicht schon die Kammergerichtsordnung Maximilian I. vom J. 1495 die Eidesformel des Richters und der Besizer dahin, daß sie nach des Reichs und gemeinen Rechten <sup>76)</sup> richten sollten? Daß aber Max. unter den gemeinen Rechten das Römisch, Justinianische Recht verstanden habe, ist noch nie bezweifelt worden. Ich möchte aber auch nicht einmal behaupten, daß erst unter Maximilian die förmliche Aufnahme des Röm. Rechts in Deutschland geschehen sey. Denn wenn dieß die Meinung des Kaisers gewesen wäre, würde man sich dann wohl begnügt haben, nur in der den Kammergerichtsbesizern

74) *Lugdani* 1593. 4.

75) P. IV. Col. 664. in fin.

76) So ist die richtige Lesart, und nicht die gewöhnliche „nach des Reichs gemeinen Rechten,“ weil sie nur von einer Gattung der anzuwendenden Rechte spricht. S. Eichhorn's deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Th. §. 442. Not. a. S. 336. der 3. Ausg.

vorgeschriebenen Eidesformel gleichsam im Vorbengehen einfließen zu lassen, daß sie nach des Reichs- und gemeinen Rechten urtheilen sollten? Es wird also hier ohne Zweifel schon ein gemeiner Gebrauch des Röm. Rechts vorausgesetzt <sup>77)</sup>. Damals aber gab es noch keine Ausgabe von corpus iuris civilis, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten hätte. Die Ausgaben, die man kannte, waren bloß glossirte, und diese enthielten nichts, als die Justinianischen Gesetzsammlungen. Denn nur diese allein waren es, welche die Glossatoren kannten, und unsere Vorfahren haben ja das Römische Recht in keiner andern Gestalt recipirt, als in welcher sie solches aus den Händen der Glossatoren empfingen <sup>78)</sup>.

§. 1404. d.

Unmündige. Testamentsmündigkeit.

Zu den testamentsunfähigen Personen gehören ferner

6) Unmündige, *impuberes*, so werden hier diejenigen Mannspersonen genannt, welche noch nicht das vierzehnte, und diejenigen Frauenspersonen, welche noch nicht das zwölfte Jahr ihres Alters erfüllt haben. Solche Unmündige werden als unvollständige Personen betrachtet, die noch keinen vollkommen gültigen Willen erklären können. Bey Handlungen unter Lebenden

77) Schon Kaiser Ludwig von Baiern verordnete im J. 1342. „daß man an unserm Hofgerichte fürbas allermänniglich richten solle nach unserer Vorfahren Könige und Kaiser Gesetzen und geschriebenen Rechten. S. Samml. der Reichs- Absch. 1. Th. S. 44. und Pütters angef. Abhandlung. §. 19 — 22. S. 42. ff.

78) S. den 1. Th. des Commentars. §. 56. S. 359.



kann nun zwar dieser Mangel durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden, allein bey Testamenten findet eine solche Ergänzung nicht Statt <sup>79)</sup>. Denn ein Testament, als der Ausdruck des eigenen individuellen Willens, setzt schlechterdings voraus, daß der Testirer selbst wollen müsse, und wollen könne. Er muß also einen vollgültigen Willen haben. Dieser wird nun aber den Unmündigen abgesprochen, darum können sie nicht testiren, auch nicht mit Auctorität ihres Vormundes <sup>80)</sup>. Denn der Tutor kann durch seine Auctorität dem iuri publico nicht derogiren, und daher nicht die Fähigkeit ersetzen, welche die Gesetze dem Unmündigen absprechen. Es gehören hieher folgende Gesetzstellen.

§. 1. J. *Quib. non est perm. fac. testam.*  
 Praeterea testamentum facere non possunt impubes: quia nullum eorum animi iudicium est <sup>81)</sup>.

79) GAIUS *Comm. II.* §. 113. C. oben §. 1403. C. 344. Not. 31. L. 1. §. 1. D. de tut. et rat. distr.

80) C. Arn. VINNIUS *Comment. ad §. 1. J. Quib. non est perm. fac. testam.* nr. 1. STRYK *Tr. de caut. testam.* Cap. III. §. 7. und Aug. Gottl. PETERMANN *Diss. de testamentis impuberum.* Lipsiae 1753. 4. §. V. in fin.

81) THEOPHILUS in *Paraphr. Gr. ad h. §. 1.* hat diesen Grund so ausgedrückt: ἐπειδὴ τὸ φρονεῖν τῶν μὲν οὐ προσηύροσε, welches Keiß in seiner Ausgabe Tom. I. pag. 362. so übersetzt hat: quia iudicium illi necdum contigit. Damit stimmt auch ULPIAN. *Fragm. Tit. XX.* §. 12. überein, wenn er daselbst sagt: Impubes, licet sui iuris sit, testamentum facere non potest; quoniam nondam plenum iudicium animi habet. Die Gesetze trauen also den Unmündigen noch nicht die zur Errichtung eines Testaments erforderliche Einsicht und Beurtheilung zu. Gesezt aber auch, ein Unmündiger hätte diese Einsicht vollkommen,

*L. 1. §. 1. D. de tutelae et ration. distr. ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum.* Sicuti testamenti factio pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.

*L. 4. C. Qui testam. fac. poss. (VI. 22.) Impm. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Radon.* Si frater patruelis tuus ante decimum quartum aetatis suae annum decessit, cum facere non potuit testamentum: nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur. Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solemniter ordinavit iudicium: hoc evellere frustra conaris. S. VI. Id. Novembr. Pantichi, CC. Conss.

Das ältere Recht machte zwar mancherley Ausnahmen, nämlich bey den Vestalinnen, welche aus der väterlichen Gewalt giengen, sobald sie vom Pontifer Maximus captae, und in den Tempel der Besta als

und eben so gut, wie ein Mündiger, gehabt, und hätte testirt; so würde dennoch, um dieses Individuums willen, keine Ausnahme von der Regel zu machen seyn. Denn von der Anwendung eines allgemein verbiethenden Gesetzes, sagt Weber in dem klaff. Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. S. 220. f. ist in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa ein oder anderes Individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen dieser Art Statt zu finden pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht, weil die Legislation nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, nicht auf das Individuum, oder Seltnerer ihr Augenmerk richten kann. *L. 4. L. 5. L. 8. D. de Legib.* Man sehe auch *Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 8.* und *PERRA-MANN Diss. cit. §. V. in fin.*

Präfeſterinnen waren eingeführt worden<sup>82)</sup>, auch nun unter keiner Tutel mehr ſtanden<sup>83)</sup>, und hierdurch das Recht erhielten, ein Teſtament zu machen, wenn ſie gleich noch unmündig waren<sup>84)</sup>. Eine Ausnahme fand ferner bey den Tribunis militum Statt<sup>85)</sup>. Daß man dieſen Tribunat auch Jünglingen zu ertheilen pflegte, die noch nicht die Pubertät erreicht hatten, davon hat uns das Röm. Alterthum mehrere Beyſpiele aufgeſtellt<sup>86)</sup>. Allein daß ſie auch hätten teſtiren können, ſagt uns Niemand, als Kr. Juſtinian, der dieſes alte Recht wieder aufgehoben hat. Von dieſen haben wir eine Verordnung, *L. ult. Cod. de teſtamento militis*, (VI. 21.) welche also lautet:

Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, ultimum elogium conficere posse: attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum, qui stabilem men-

82) GELLIUS *Lib. I. cap. 12.* ULPIANUS *Fragm. Tit. X. §. 5.*

83) PLUTARCH *in vita Numae* Cap. 10. und GAJUS *Comment. I. §. 145.* S. DERNBURG *Beiträge zur Geſch. der Röm. Teſtamente.* S. 74. Not. 82.

84) GELLIUS *Noct. Atticar. Lib. I. Cap. 12.* SOZOMENUS *Hist. Eccles. Lib. I. cap. 9.* S. PETERMANN *Diss. cit. §. XVII.* und Jo. *Frid. Ern. SCHLICHTING* *Diss. de Vestalibus, et iure Vestali Pop. Rom. praes. Jo. Frid. EISENHART* *def. (rec. Helmst. 1754.) §. XXII.*

85) S. *Jac. CUJACIUS* *Observation. Lib. XVII. Cap. 36. Ev. OTTO* *Comment. ad §. 1. J. Quib. non est perm. fac. testam.* und beſonders PETERMANN *cit. Diss. §. XVI.*

86) SUSTONIUS *in Augusto.* Cap. 38. VEGTIUS *de militia Rom. Lib. I. Cap. 4.* VOPISCUS *in Probo. Cap. 4.* S. Jo. VOET *de iure militari lib. sing. Cap. II. §. 20.*

Qui testam. facere possunt, et quemadmod. etc. 399

tem nondum adeptus est, propter privilegia militum, sapientium hominum iura pertractare, et in tam tenera aetate ex tali licentia parentibus forte suis, vel aliis propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendo. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. Dat. Kal. Novembr. post Consulatum LAMPADII et ORESTIS VV. CC. Anno II. 532.

Justinian bezieht sich zwar hier auf alte Gesetze, was dieses aber für welche sind, sagt er nicht<sup>87)</sup>. Genug er hat das alte Recht aufgehoben, und dieß ist uns Beweises genug, daß ein solches Recht existirt habe.

Sozomenus<sup>88)</sup> giebt noch eine Ausnahme an. Er erzählt vom Kr. Constantin dem Großen, daß dieser ein Gesetz gegeben, vermöge welchen diejenigen, die sich dem Klosterleben widmen wollen, das Recht haben sollten, ein Testament zu machen, wenn sie auch

87) Hier. ALEXANDER ad Gaji Institution. Epitom. Lib. II. Tit. 2. not. 18. will diese Lücke aus der Stelle des SUETONIUS in Augusto. cap. 38. und der L. 4. C. de testam. militis, einer Verordnung des Kr. Alexander, ergänzen. Ihm stimmt auch ELB. LEONINUS Emendat. Lib. IV. Cap. 3. bey. Allein ANT. SCHULTING in Jurispr. vet. Antejust. ad loc. Gaji cit. pag. 95. hat dagegen mit Recht erinnert, daß Suetonius in der angeführten Stelle keinesweges sage, Augustus habe Unmündigen den Tribunatus legionum erteilt, sondern von der Zeit spreche, da sie die toga virilis angenommen hätten, wie IS. CASAUBONUS in Comm. ad Sueton. in Aug. cap. 38. pag. 202. sqq. bemerkt hat, die L. 4. C. aber rede von dem Alter, welches die Lex Aelia Sentia bey den Manumittirenden erforderte, nämlich von 20 Jahren.

88) Histor. Eccles. Lib. I. Cap. 9. S. PETERMANN Diss. cit. 5, XVIII.

noch unmündig wären, sie möchten Manns- oder Frauenpersonen seyn.

Alle diese Ausnahmen fallen aber jetzt weg, daher gilt nun der Grundsatz in seiner unumschränkten Allgemeinheit, daß ein Unmündiger, wenn er auch *pubertati proximus* wäre<sup>89)</sup>, kein Testament, auch nicht einmal zu Gunsten einer *pia causa*, zu machen, fähig sey<sup>90)</sup>.

89) STRYK *Tr. de cond. testamentor. Cap. III. §. 8.*

90) S. PETERMANN *cit. Dis. §. VII.* Anderer Meinung ist zwar Jo. BRUNNEMANN in *Commentar. in Cod. ad L. 4. Qui testam. fac. poss. nr. 5.* Für diese Meinung könnte auch vielleicht die *L. 1. C. de SS. Eccles.* angeführt werden, wo Sr. Constantin verordnet: *Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere, et non sint cassa iudicia eius.* Allein das Wort *unusquisque* kann wohl nur von einem solchen verstanden werden, der die Testamentsfähigkeit hat. Denn dem Kaiser war gar nicht darum zu thun, die Zahl der Testirer gegen die Regeln des Civilrechts zu vermehren, sondern seine Absicht war, die passive Testamentification zu Gunsten der Kirchen und frommen Stiftungen zu erweitern. Denn bis auf die Zeiten des Kaisers Constantin des Großen konnten die Kirchen aus einer letzten Willensverordnungs eben so wenig etwas erwerben, als andere *Collegia*, welche man mit dem Namen der *personae incertae* bezeichnete, wenn sie nicht privilegiert waren, wie *Christ. Rav in histor. iuris civ. Rom. de personis incertis ex testamento hereditibus*, oder vielmehr der als *auctor* genannte *Car. Th. DAYER (Lipsiae 1784.) §. VIII.* dargethan hat. Man findet daselbst einen trefflichen Commentar über die *L. 1. C. cit.* aus dem ich nur die sehr richtige Bemerkung anführen will: *Sed CONSTANTINUS M. pro singulari suo ecclesiam christianam tum efflorescentem fovendi studio*

Nur dann würde h. z. L. noch eine Ausnahme Statt finden, wenn der pubertati proximus auf geschicktes Ansuchen eine landesherrliche Dispensation erhält, welche ihm jedoch nur nach vorhergegangener Untersuchung, ob er auch die dazu erforderliche Einsicht habe, ertheilt zu werden pflegt<sup>91)</sup>.

Hat Jemand in der Unmündigkeit testirt, so ist das Testament ungültig, und es bleibt ungültig, wenn er auch erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre<sup>92)</sup>,

*statuit, ut unusquisque sine discrimine sexus, status, ordinis et dignitatis licentiam haberet, Ecclesiae aliquid relinquendi, modo caeteroquin in universum legibus testamentam condere non prohibitus esset. Neque enim Imperator per hanc legem communi iuri, quoad personam testantis, derogari voluisse videtur.*

Weyn Brunne mann glaubt, ein etwa hinzugekommener Eid könne den Mangel der Testamentsfähigkeit ersetzen, so irrt er sich eben so sehr, denn auch durch den Eid kann dem iuri publico nicht derogirt werden. Ueberdem kann ein Unmündiger weder selbst schwören, noch dem Erben durch eibliche Verpflichtung mit einem Fideicommiss beauftragen.  
L. 2. D. de legatis et fid. I. (XXX.) C. STRYK Tr. de caut. testam. Cap. III. §. 9.

91) C. Jos. Fernand. de REYES Opusculor. Lib. I. Cap. 32. nr. 30. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 77.) PETERMANN Diss. cit. de testament. impuber. §. XX. und Car. Frid. WALCH Introd. in contrö. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. I. §. 2. Anderer Meinung sind jedoch STRYK Tr. de caut. testamentor. Cap. III. §. 10. CLAPROTH Abh. von Testamenten. §. 5. C. 8. und HUFELAND Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. Bd. §. 1083. Not. b.

92) Justinian sagt §. 1. J. Quib. non est perm. fac. test. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus fuerit, et decesserit. Denn ein letzter Wille, der gleich

und das Testament vor seinem Tode nochmals genehmiget hätte<sup>93)</sup>. Denn es ist nicht genug, daß der Testator die Testamentsfähigkeit zur Zeit seines Todes hatte, er muß sie auch schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gehabt haben. Proinde *si impubes*, sagt Ulpian<sup>94)</sup>, *vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti honorum possessio non poterit.* Daß das Testament auf immer nichtig sey, welches von einem solchen errichtet worden ist, der keine Testamentsfähigkeit hatte, lehrt auch Modestinus *libro V. Pandectarum*<sup>95)</sup>:

*Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas honorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae*

Anfangs nichtig war, kann auch in der Folge nicht gültig werden, wenn auch die Ursache der Nichtigkeit wäre gehoben worden. *L. 29. D. de Reg. iuris. L. 201. D. eodem.*

93) Nur wenn bey einem beabsichtigten Rechtsgeschäfte zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Genehmigung fehlte, wird das nachherige Hinzukommen derselben zur Bestätigung des Geschäfts für hinreichend gehalten, und sie wirkt rückwärts. Allein steht dem Geschäft ein verbotendes Gesetz entgegen, wie hier, so wird dasselbe durch die nachher erfolgte Bestätigung für die Vorzeit nie gültig. S. PETERMANN cit. Diss. §. VI. und Hufelands Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. IV. S. 222. ff.

94) *L. 1. §. 8. D. de bonar. poss. sec. tabul. (XXXVII. 11.)*

95) *L. 19. D. h. t.*

*testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuit.*

Wer also gültig testiren will, muß die Testamentmündigkeit haben. Hat er diese erreicht, so kann er testiren, wenn er auch noch minderjährig ist, und unter der Curatel steht, ohne daß dazu die Einwilligung des Curators erfordert wird<sup>96)</sup>. Diese Testamentmündigkeit tritt nun bey den Mannspersonen ein, wenn sie das vierzehnte, bey den Frauenspersonen aber, wenn sie das zwölfte Jahr ihres Alters vollendet haben. Daher sagt Paulus<sup>97)</sup>: Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum. Besonders wichtig aber ist die Stelle aus *ULPIANI libro VI. ad Sabinum*, woraus die *L. 5. h. t.* genommen ist, folgenden Inhalts:

A qua aetate<sup>98)</sup> testamentum vel masculi, vel feminae facere possint, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an suf-

96) *L. 20. §. 1. D. de liberat. legat. (XXXIV. 3.) L. 4. C. Qui testam. fac. poss. STARK de caut. testam. Cap. III. §. 15.*

97) *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit. 4. A. §. 1.*

98) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Merlin, Bau-  
doga und Hugo à Porta lesen *Qua aetate*, auch so  
Bodl. Allein schon *Gail. FORTNAUS Selection. Lib. III.  
Cap. 30. pr. (in Thes. J. R. Ottonian. Tom. II. p. 121.)*  
hat dagegen erinnert, *mutibum esse principium*. Accur-  
sius bemerkt, daß in einigen Handschriften auch *Ex qua  
aetate* gelesen werde.



ficiat complese? Propone aliquem kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fenerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim complese videtur annum quartum decimum, ut MARCIANO videtur.

Aus dieser Stelle ergibt sich 1) daß man zu Ulpian's Zeiten den Termin der Testamentsmündigkeit lediglich nach den Jahren bestimmt habe. Bekannt ist zwar der Streit der ältern Röm. Juristen über die Bestimmung der Pubertät, von welchem ich schon bey einer andern Gelegenheit <sup>99)</sup> gesprochen habe. Er galt aber bloß dem männlichen Geschlechte. Denn bey den Frauenpersonen ist es gewiß, daß sie wenigstens schon von den Zeiten des R. Augustus an mit dem zwölften Jahre für mündig und mannbar sind gehalten worden <sup>100)</sup>. Die Praxis nahm indessen auch bey Manns-

99) S. den 2. Th. des Commentars §. 130. S. 216. ff. Man vergleiche jedoch noch vorzüglich Dirksen's Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. Kap. I. §. 1. S. 51—55. und Kap. II. §. 4. S. 155—157. und Zimmern's Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bdes 2. Abth. §. 120. S. 426. ff.

100) S. Zimmern a. a. D. S. 427. f. Wenn PLUTARCH in *Numa* pag. 310. edit. Reiske dem König Numa das Gesetz zuschreibt, daß der Termin der Mannbarkeit bey Frauenpersonen auf die Zurücklegung des zwölften Jahres anberaumt seyn solle; so ist diese bloß. einzige Auctorität eines griechischen Schriftstellers, welcher dieses nur beiläufig bey der Vergleichung des Lykurgus mit dem Numa geäußert hat, noch vielem Zweifel unterworfen. S. Dirksen's Ver-

personen rüchichtlich der Testamentsfähigkeit schon längst vor Justinian ein bestimmtes Alter an, indem sie nach der Meinung der Proculianer in Erwägung, daß körperliche Ausbildung und Reife zur Eingehung einer Ehe da nicht entscheiden könne, wo die geistige Ausbildung des Pupillen in Frage steht, geradezu ein vierzehnjähriges Alter zum Testiren erforderte. Daß dieses die herrschende Meinung im Zeitalter Ulpian's gewesen seyn müsse, ist daraus abzunehmen, weil sowohl Paulus in der aus seinen *Sententis receptis* angeführten Stelle, als auch Gajus in seinen Institutionen das Alter der Testamentsmündigkeit auf dieselbe Art nach Jahren bestimmt haben. Letzter sagt nämlich *Comm. II. §. 113.*

Videntur ergo melioris conditionis esse feminae, quam masculi: nam masculus minor annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit: femina vero post XII. annum testamenti faciendi ius nanciscitur.

Daher setzt es auch ein Rescript von Diocletian und Maximian <sup>1)</sup> als ganz bekannt voraus, daß bey Mannspersonen ein Alter von vierzehn Jahren zum Testiren genüge, licet vigoris nondum emersissent vestigia.

Mit diesen juristischen Zeugnissen stimmt nicht minder der Bericht eines nichtjuristischen Classikers, nämlich des Macrobius <sup>2)</sup>, überein, welcher sagt: Nam et

suche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R. 6. Abh. Kap 5. S. 308.

1) *L. 4. Cod. Qui testam. fac. poss.*

2) *Saturnal. Lib. VII. Cap. 7. (Opp. a Jo. Car. Zaunio editor. Lipsiae 1774. 8. pag. 652.)*

secundum iura publica duodecimus annus in femina, et quartus decimus in puero desinit *pūbertatis aetatem*. Und an einem andern Orte <sup>3)</sup> sagt eben dieser Schriftsteller: Post annos autem his septem — *mo- veri incipit vis generationis in masculis*, — Ideo et tutela puerili quasi virile iam robur absolvitur, de qua tamen feminae, propter votorum festinationem; maturius biennio legibus liberantur.

Auf diesem alten Sectenstreit beziehen sich nun ohne Zweifel die Worte unsers Fragments: *Verius est*, in masculis quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Es fehlte indessen gewiß schon längst vor Justinian hierin an einem festen Herkommen nicht, wie aus den angeführten Zeugnissen hervorgeht. Nur in den übrigen Fällen, wo es auf Pubertät ankommt z. B. in Hinsicht auf die Befreyung von der Tutel, mag es noch an einer unbezweifelten Praxis gefehlt haben <sup>4)</sup>, weshalb sich Justinian bewogen fand, durch eine eigene Constitution <sup>5)</sup> die Pubertät ohne Unterschied des Geschlechts nach dem Alter zu bestimmen, und diese Bestimmung sollte dann in Rücksicht aller an die Mündigkeit geknüpften Wirkungen zur Norm dienen.

Zu Ulpian's Zeiten bedurften nun zwar Frauenpersonen, nur die von der väterlichen Gewalt und Tutel befreiten Vestalinnen <sup>6)</sup> ausgenommen, oder welche Frauen

3) In *Commentar. in Sopnium Scipionis. Lib. I. Cap. 6.*  
pag. 43. sq.

4) S. Dirksen's angef. Beiträge. S. 55.

5) L. 3. C. *Quando tutor. vel curat. esse desinant.*  
(V. 60.)

6) S. die Note 84. Hier ist nur noch eine Stelle aus Cicero

süßf. 3. B. wegen des ius trium vel quatuor liberorum 7) von aller Vormundschaft befreit waren, zum Testiren der tutoris auctoritas. Ulpian sagt es selbst *Fragm. Tit. XX. §. 15.* *Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint.* Daß er es auch in unserer Stelle gesagt haben mußte, und daher hier eine Interpolation anzunehmen sey, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Denn hier war es dem Ulpian nicht um die Form, sondern bloß darum zu thun, das zum Testiren erforderliche Alter zu bestimmen. Ohne

zu *de Republica Lib. III. Cap. 10.* beizufügen, wo er sagt: *Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae?* Daß hier von einem Testament die Rede sey, erhellet daraus, weil das Vermögen einer ohne Testament verstorbenen Vestalin, nach dem Bericht des GELLIIUS *Noct. Attic. Lib. I. Cap. 12. in fin.* aus den Commentaren des Labeo, dem Staate anheim fiel. S. ZIMMERS *Gesch. des R. Rechts. N. 1. Bd. §. 245. Not. 20. S. 984.*

7) GAIUS *Inst. Comment. I. §. 145.* *Tantum enim ex lege Julia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. ULPIANUS Frag. Tit. XXIX. §. 3.* *Postea (lex Papia Poppaea) libertas quatuor liberorum iure tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, etc.* Auf das ius trium liberorum der freygebornen Frauen gieng unstreitig die Stelle des Paulus *L. 137. D. de Verb. Signif.* *Ter enixa videtur, etiam quae trigeminos pepererit, dum sic ista aus dessen libro II. ad Legem Juliam et Papiam.* Man sehe hier besonders *Jo. Gottl. Heineccii. Comm. ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam. Libell. Cap. 11. pag. 234. seq.*

des Tutors, Auctorität war das Testament einer Frauensperson nichtig <sup>8)</sup>.

Was Cicero <sup>9)</sup> sagt: *Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam demittit, non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari, d. h. das Testament einer Frau werde ohne capitis deminutio vom Prator nicht als gültig behandelt, er gebe daraus keine honoraria possessio, hat uns nun Gajus <sup>10)</sup> erklärt, aus dem wir jetzt wissen, daß ehemals Frauenspersonen, jedoch mit Ausnahme einiger oben genannter, nur dann das Recht, ein Testament zu machen, gehabt hätten, wenn sie eine Coemptio eingegangen, hierauf manumittirt, und dann manumittirt worden wären. Daher sey ehe-*

8) Gajus *Comm. II. §. 118*: *Observandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, (auctoribus iis, quos) tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter iura sua testabitur. G. Just. Henn. Böttger Diss. de testamentis mulierum, Halae 1741. Christ. Henr. Bäuming Diss. de testamenti factione feminarum, Lipsiae 1755. 4. und Aug. Adolph. Wendler histor. iuris civ. de testamenti factione mulierum. Lipsiae 1792. 4.*

9) *Topico. Cap. 4.* Man vergl. über diese Stelle Hoffmann's Versuch eine Stelle des Cicero *Topico. cap. 4.* zu erklären, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 3. Bd. Nr. IX. S. 309—327. und von Savigny Beitrag zur Geschichte des Geschlechtstutels, veranlaßt durch den vorstehenden Aufsatz. Ebendasselbst Nr. X. S. 328.—329.

10) *Comm. I. §. 115. a. G. Zimmermann Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 245. S. 923. f. und Huschke Commentat. de causa Siliiana pag. 18. et 24.*

dem die *fiduciaría coemptio* von Frauenspersonen auch darum vorgenommen worden, um ein Testament machen zu können. *Hadrian* habe jedoch durch einen Senatsschluß die Nothwendigkeit dieses Umweges einer *Coemptio* aufgehoben. Es kam also in Rücksicht der Testamentification bey Frauenspersonen darauf an, ob die Frau selbst vermögensrechtlich noch zu einer Familie gehörte, oder nicht. Im ersten Falle konnte sie nicht testieren, wohl aber im letzten Falle, da sie ein eigenes Familienrecht hatte, oder ihre Macht über die Familie vollständig war <sup>11)</sup>. Die Nothwendigkeit der Auctorität des Tutors hat jedoch mit dem Verschwinden der Geschlechts-tutel aufgehört. Wir lernen

2) aus der angeführten Stelle, uners *Ulpian's*, daß ein Mündiger, um testamentsfähig zu seyn, nicht gerade das gesetzlich bestimmte Alter überschritten, also eine Mannsperson das 15te und eine Frauensperson das 13te Lebensjahr bereits angetreten haben müsse, sondern es ist genug, wenn sie nur dieses Alter erfüllt haben. *Sufficit complesse*, sagt *Ulpian*. Dieses ist nun aber nach der hier eintretenden *Civil*-Zeitberechnung, welche nicht auf die einzelnen Zeitmomente, sondern nur auf die Tage Rücksicht nimmt <sup>12)</sup> schon dann erfüllt

11) S. die *Lübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* 5. Bd. (Stuttgart 1825) S. 296. f.

12) *PAULUS L. 134. D. de Verb. Signif.* sagt: *Annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.* S. den 5. Th. dieses Commentars § 269. b. S. 568. ff. Daraus erklärt sich, wenn derselbe *Paulus L. 8. D. de foris* in Beziehung auf diese Zeitberechnung sagt: *Mores Romano dies a mediâ nocte incipit, et sequentis noctis mediâ parte finitur. Itaque quicquid in his vi-*

oder vollendet, sobald sie den letzten Tag dieses Lebensjahres angefangen haben. Nam ultimus dies coeptus habetur pro completo<sup>13)</sup>. Der letzte Tag, da die Testamentsmündigkeit eintritt, ist aber nicht gerade der Geburtstag, wie einige behaupten<sup>14)</sup>, sondern der dem Geburtstage vorhergehende Calendertag, sobald dieser post sextam horam noctis, wie Ulpian sagt, d. h. zu Mitternacht, sobald die Glocke zwölf geschlagen hat, beginnt<sup>15)</sup>. Ulpian erläutert diesen aller-

ginti quatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi qualibet hora lucis actum esset. Also die in den Verlauf eines Tages einfallende Begebenheit, wird als in jedem Moment des Tages, als auch schon als gleich mit dem Beginn desselben erfolgt, angesehen. Man sehe wohl ein, daß eine ganz genaue Rechnung, nach welcher der Anfang eines Zeitraums mit der Stunde, oder Minute beginnt, in welcher das Factum, was zum Beginn eines Zeitraums Anlaß giebt, eintritt, in den wenigsten Fällen ausführbar wäre. Denn selten wird von einem Ereigniß mehr als der Tag gemerkt, und schwer hält es nach Verlauf einiger Zeit, über die Stunde, da sich das fragliche Factum ereignete, Auskunft zu erlangen. S. Schweppe römische Berechnung des Anfangs und Schlußes eines Zeitraums, §. 1. in dem jurist. Magazin 1. Bandes 1. Heft. (Altona 1818.) Nr. IX. S. 117. ff.

13) L. 15. D. de div. tempor. praescript. (XLIV. 3.)

14) Jac. CUSACIUS ad L. 5. D. h. t. Jo. CORR. RÜCKEN  
Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure.  
(Lagd. Bat. 1749.) Cap. II. §. 1. et Cap. V. §. 12. u. and.  
Man sehe dagegen den 2. Th. dieses Commentars §. 130.  
Not 61. S. 290.

15) S. Henr. Theod. FAENSTRECHER Diss. A. qua aetate  
quis testamentum facere possit? ad L. 5. D. h. t. (adj.

dinge singulären Satz durch folgendes Beyspiel. Es ist Jemand am 1sten Januar geboren. Nun kann er, sobald er 14 Jahre alt ist, und zwar schon an seinem Geburtstag gültig testiren, er mag an diesem Tage geboren seyn, in welcher Stunde er will. Denn auf die Geburtsstunde wird nach der Civilzeitberechnung keine Rücksicht genommen, weil der Tag, sobald er begonnen, auch schon als vollendet angesehen wird. Er hat aber nun schon sein 15tes Lebensjahr angetreten, und also das 14te überschritten. Dieß ist aber nicht nöthig, er braucht es nur vollendet zu haben, dieses 14te Lebensjahr ist nun erfüllt, schon am 31. December, gleich mit dem Anfange desselben, sobald es in der Nacht vom 30sten auf den 31. December zwölf Uhr schlägt. So ist unstreitig Ulpian zu verstehen, wenn er sagt: *Plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit post sextam horam noctis* <sup>16)</sup> *valere testamentum: iam*

*Erus Commentar. ad Pomponium de re testam. pag. 158 — 165. Ulp. HUBER Praelect. ad Instit. Tit. Quib. non est perm. fac. test. §. 5. FORNER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XV. not. f. et. g. pag. 173. Erb über den annus civilis, in Hugo civilt. Magazin 5. Bd. Nr. VIII. S. 237 — 245. Schweppe rdm. Berechnung, im angef. jurist. Magazin 1. B. S. 127 — 130. Fetters Versuche. Heilbronn 1802, Nr. I. THIBAUT System des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. S. 216. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. Th. 1. Buch §. 113. HUEBLAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1083.*

- 16) Man vergleiche hier *Ant. Augustini Emendation. Lib. IV. cap. 13. (in Thes. iur. Rom. v. Ottonian. Tom. IV. pag. 1544. sq.)* und den 3. Th. dieses Commentars. §. 269, c. S. 584. f. Die *hora sexta noctis* ist zwar



enim complexe videtur *annum quartam decimum*.  
 Sollte man die Zeit *post sextam horam noctis* von dem Anfange des ersten Januaris verstehen; so würde man ja dem *pridie Calendarum* eine ganz unrichtige, den röm. Sprachgebräuche offenbar zuwiderlaufende, Bedeutung unterschreiben. Denn *pridie* heißt immer der vorhergehende Calendertag, also *pridie Calendarum Januarii* kann kein anderer seyn, als der 31ste December<sup>17)</sup>. Die Zeit *post sextam horam noctis* ist demnach schon der Anfang des 31. Decembers; also die zurückgelegte sechste Mitternachtsstunde, welche den 30. December von dem 31sten scheidet. Hiermit stimmt nun aber freylich die Erklärung derjenigen<sup>18)</sup> nicht überein,

unsere zwölfte Stunde in der Nacht, aber sie entspricht nicht unserm Ausdruck 12 Uhr, sondern sie bezeichnet den Zeitraum der ganzen Stunde zwischen 11 und 12 Uhr. Sie ist also die letzte Stunde des Calendertages, nicht die erste. Sie fängt den Tag nicht an, sondern beschließt ihn. Die erste Stunde des Tages ist vielmehr die *hora septima noctis*, welche eintritt *post horam sextam noctis*, und noch dem vorhergehenden Calendertage angehört, also hier dem 30. December, und den Tag beschließt. S. Erb in Hugs's civil. Magazine, 5. B. S. 193. ff.

17) S. CICERO *ad Attic. Lib. VI. Epist. 1. ad Familiar. Lib. V. Ep. 2.* QUINCTILIAN. *Instit. Orator. Lib. VI. Cap. 1.* wo überall *pridie Calendarum Januarii* für den 31. December genommen wird. Daß das *pridie* gar keine andere Bedeutung habe, zeigt Scheller in seinem *Lexic. h. v.* selbst mit Anführung unserer *L. 5.* Man vergl. auch GORZIUS *nov. Lat. Ling. Thes. Tom. III. pag. 1059. h. v.*

18) Jos. Fern. de RIBES *Miscellan. Lib. I. cap. 29. nr. 31.* (in *Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 78.*) Gmelin über

welche unserm Ulpian „die Frage unterlegen: Ob der, welcher ein Testament machen will, das 14te Lebensjahr wirklich, das heißt, nach der natürlichen Zeitberechnung, zurückgelegt, und bereits das 15te angetreten haben müsse, oder ob es hinreichend sey, wenn er nur den letzten Tag im 14ten Jahre angetreten hat, wo nach der Fiction der Civilberechnung das Jahr schon für vollendet angenommen wird? Ulpian, sagt man, habe nun diese Frage zuerst in Hinsicht auf den Geburtstag, der als natürlicher Tag mit dem Aufgang der Sonne nach der sechsten Stunde beginnt, und mit dem Niedergang der Sonne, d. h. mit der sechsten Abendstunde sich endiget, zur Erörterung gebracht. Der Rechtsgelehrte entscheide ohne einigen Unterschied für die Gültigkeit des Testaments, auch wenn es noch mehrere Stunden vor der Stunde der Geburt errichtet worden wäre. Aber dabey bleibe er noch nicht stehen, er gehe noch weiter rückwärts. *Plus arbitrator* etc. Die erste Periode für die Erörterung war der Geburtstag (*dies natalis*), also der natürliche Tag. Aber der bürgerliche Tag fing schon nach der sechsten Mitternachtsstunde an, und endigte sich erst mit der darauf folgenden Mitternachtsstunde. In dem nun der bürgerliche Tag durch das ununterbrochene Herkommen (*more recepto*) für die Bestimmung der mancherley Rechtsverhältnisse bey vorkommenden Handlungen des Lebens angenommen war, so unter-

Zeit und Zeitberechnung nach Röm. Rechtsprincipien. S. 17. (In dem crittischen Archiv der neuesten jurid. Litteratur und Rechtspflege in Teutschland. 1. Band. (Tübingen 1801.) S. 607. ff.) und Unterholzner ausführl. Entwicklung der gesammten Verfahrungslehre. 1. Bd. (Leipzig 1828.) S. 90. S. 305. ff.

lege er, statt des Geburtstages, den bürgerlichen Tag in seiner Beantwortung, und erkläre schon das Testament für gültig, das nicht erst am Geburtstage, nach der sechsten Stunde des Morgens, auch vor der Geburtsstunde, sondern das früher noch, nach der sechsten Mitternachtsstunde vom vorhergehenden Tage gemacht wurde.“

Nach dieser Erklärung würde also das *pridie Calendarum* noch zum ersten Januar gehören, und die Zeit *post primam horam noctis* der Anfang desselben Tages seyn, welcher sich nach der Römischen Zeitberechnung mit der Mitternachtsstunde des folgenden Tages endiget. Ulpian hätte also denselben Tag, den 1sten Januar, in den dies *naturalis* und *civilis* eingetheilt<sup>19)</sup>. Der natürliche Tag, welcher von Sonnenaufgang bis zum Sonnenuntergang berechnet wird, sey der Geburtstag. Werde das Testament an diesem Tage gemacht, wenn gleich noch vor der Geburtsstunde, so sey es gültig. Der bürgerliche Tag, welcher von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird, sey das *pridie Calendarum Januarii*. Idem ergo est dicere, *post sextam horam noctis penultimi diei*, sagt *Netes*, ac dicere in *prima hora ultimi diei*. Allein daß hier Ulpian an die natürliche Zeitberechnung gedacht haben sollte, widerstreitet dem ganzen Zusammenhange, und römischen Sprachgebrauche. Ulpian nennt ja die *Calendae Januariae* den Geburtstag, und bezeichnet diesen

19) Daß die Tage wirklich bey den Römern so eingetheilt wurden, lehrt *CENSORIUS de die natali. Cap. XXIII. §.* auch *Jo. GORDDARI Commentar. rep. praelect. in tit. XVI. Libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 2. §. 1. h. t. pag. 65. sqq. (Sigenae Nassovior. 1597. 8.)*

Tag als hinreichend, an welchem das Testament gültig errichtet werden könne; wie kann er also unter dem Geburtstage nur die Zeit von Sonnenaufgange bis zum Sonnenuntergange verstanden haben? Daß die Römer ihre Geburtstage feyerlich mit jedem wiederkehrenden Jahre durch Glückwünsche, Libationen, Geschenke, Gastmähler beym anbrechenden Tage begingen <sup>20)</sup>, beweist ja noch nicht, daß dieses Gepränge froher und festlicher Handlungen den Geburtstag zu einem natürlichen Tage qualificirt habe, den die aufgehende Sonne herbeiführte, und die untergehende Sonne endigte; was die Römer mit dem Worte lux, die Tageszeit, bezeichneten. Daß aber der Geburtstag so gut, wie jeder andere Tag, ein dies civilis gewesen, der von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wurde, sagt Censorinus <sup>21)</sup> ausdrücklich: Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. — — Idem significat, quod qui a media nocte ad proximam mediam noctem, in his horis quatuor et viginti nascuntur, eundem diem habent natalem. Eben dieses hatte auch, nach dem Bericht des Gellius <sup>22)</sup>, schon längst M. VARRO in libro rerum humanarum, quem de diebus scripsit, gelehrt, wo er sagt: Homines, qui ex media nocte ad proximam mediam noctem in his horis XXIV. nati sunt, UNA DIE NATI DICUNTUR, welche Stelle man auch bey Macrobius <sup>23)</sup> findet. Gesezt aber auch die Römer hätten

20) S. Gmelin angef. Abhdl. S. 9. S. 591. ff.

21) De die natali. Cap. XXIII. pag. 140. (edit LINDENBROG. Cantabrigiae 1695. 8.)

22) Noct. Atticar. Lib. III. Cap. 2.

23) Saturnal. Lib. I. Cap. 3.

den Geburtstag für einen natürlichen Tag gerechnet, den die aufgehende Sonne herbeiführte, und die untergehende Sonne endigte, und das Vorrücken desselben bestehe also in dem Zeitraume vor dem Sonnenaufgange, mit welchem der Geburtstag anfängt, wenn dieß nur in den sechs Nachtstunden geschah, welche dem Anbruche des Geburtstages vorangehen; so würde wohl noch erst billig der Beweis darüber gefordert werden können, ob dieses auch hier der Sinn von *pridie Calendarum* sey, nämlich daß darunter der Anfang des ersten Januars zu verstehen sey, mithin schon genüge, wenn man die Mitternacht vom 31. December auf den 1sten Januar erreicht habe. In diesem Sinne hat wenigstens kein einziger der Röm. Classiker den Ausdruck *pridie Calendarum* genommen, und eben so wenig unser Ulpian. Denn da die *Calendae Januariae* der Geburtstag selbst sind; so würde man ja dem Sprachgebrauche Gewalt anthun, wenn man den Anfang des ersten Januars noch dem *pridie Calendarum* belegen wollte, weil davon schon vorhin die Rede gewesen war. Es kann also, wie auch aus einer ähnlichen Stelle<sup>24)</sup> Ulpian's zu ersehen ist, daß *pridie Calendarum post sextam horam noctis* nichts anders, als den Anfang des 31ten Decembers, mithin die zurückgelegte Mitternachtsstunde, in der Nacht vom 30sten auf den 31sten December, bezeichnen. Dieses Vorrücken der Testamentsmündigkeit ist freylich singulär, und Ulpian wich hier wohl von der bisherigen gemeinen Lehre ab, wenn er ein schon am 31sten December gemachtes Testament für gültig erklärte. Allein er läugnet es ja selbst nicht, sondern sagt es mit den

24) Man sehe die *L. 1. D. de Manumiss. (XL. 1.)* welche auch aus *ULPIANI libro VI. ad Sabinum* genommen ist.

Wortent: Plus arbitror<sup>25)</sup>, deutlich genug, daß er bey den von ihm erörterten Frage weiter gehe, und etwas Neues behaupte, weshalb er sich auch auf Marcian's, seines Zeitgenossen, Auctorität beruft. Daß aber diese neue Lehre bey den meisten Juristen Beyfall gefunden haben müsse, zeigt das Wort Placuit, welches Ulpian in der *L. 1. D. de manumiss.* gebraucht hat. Das Resultat derselben geht also dahin, daß das *complere* nicht, bloß nach der bisherigen gemeinen Lehre der Juristen, auf den *dies natalem* zu beschränken, so daß also nur ein *ipso natali die, quarto decimo anno*, von dem wirklichen Eintritt der Geburtsstunde, mithin in dem Falle, den Ulpian hier zur Erläuterung vorträgt, am 1sten Januar, gemachtes Testament für gültig zu achten sey, sondern daß das *complere*, wie auch Marcian behauptet hatte, *pridie Calendarum* eintrete, und also sogar ein schon Tages vorher, nämlich am 3ten December, errichtetes Testament gültig sey<sup>26)</sup>.

Da Ulpian in unserer Gesetzstelle bloß von der Berechnung der Testamentsmündigkeit bey Mannspersonen handelt, so entsteht die Frage, ob bey den Frauenpersonen etwa die Testamentsmündigkeit nach einer

25) Es drückt sich Ulpian gewöhnlich aus, wenn er von der gemeinen Meinung abging. *S. L. 24. §. 7. D. Soluto matrim. L. 1. §. 32. D. de collat. bon. L. 11. §. 13. D. Mandati. L. 10. D. de procurat. L. 5. §. 1. D. de agnosc. et alend. liber. L. 1. §. 8. D. de inspic. ventre.*

26) Vergl. noch Koch's Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren v. Oeffen 1798. 8. und Weber zu Höpfners Commentar über die Helnerc. Institutionen. §. 62. Not. 8. S. 99. Die übrigen Schriften sind schon Th. 2. §. 130. S. 61. angeführt.

andern Zeitcomputation zu bestimmen: sey? Schultes<sup>27)</sup> glaubt, daß man bey diesen die natürliche Zeitählung beybehalten habe. Allein der Unterschied des Geschlechts hat auf die Zeitcomputation keinen Einfluß. Das Ulpian das Beyspiel gerade auf das männliche Geschlecht gestellt hat, beweist wenigstens nicht, daß es bey dem weiblichen anders gehalten werden solle. Er wählte dieses Beyspiel, weil es interessanter war, denn gerade bey dem männlichen Geschlecht war der Eintritt der Pubertät streitig gewesen. Sollte bey den Frauenpersonen eine andere Zeitcomputation Statt finden, so hätte es Ulpian hier gewiß gesagt, wo er so bestimmt die eingetretene Periode der Mündigkeit, als nothwendige Bedingung für die Testamentserrichtung, nach allen dabey nur denkbaren Verhältnissen festsetzt. Auch Paulus<sup>28)</sup> macht keinen Unterschied zwischen Manns- und Frauenpersonen. Bey beyden braucht er den Ausdruck *post annum — completum*, und hier erklärt Ulpian, wie das *complere* zu verstehen sey. Die bürgerliche Zeitrechnung von Calendertag zu Calendertag, welche Ulpian hierbey zum Grunde legt, machte bey den Römern ohnehin die Regel aus<sup>29)</sup>, die natürliche Computation ist Ausnahme von der Regel. Sie kann also nicht angenommen werden, wo sie nicht vorgeschrieben ist. Daß endlich dem weiblichen Geschlechte das Recht zu testiren

27) Bemerkungen über die Mündigkeit zum Testiren nach Röm. Rechte. (Gena 1800. 8.) §. 77. und 78. S. 72. f.

28) *Sentent. recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 1.

29) C. den 3. Th. des Commentars §. 269. o. S. 585. und Schweppe angef. Abh. §. 4. Im jurist. Magazin 1. Bd. S. 123. f.

später ist eingeräumt worden, entscheidet nichts. Man hat daher mit Recht jene Meinung verworfen <sup>30)</sup>.

Es war ehemals die Frage, wie bey zeugungsunfähigen Individuen, bey Spadonen und Kastraten, die Testamentsmündigkeit zu bestimmen sey? Hier waren die Sabinianer und Proculianer einverstanden, daß bey diesen die Mündigkeit nur nach den Jahren bestimmt werden könne. Eine andere Auskunft ließ sich hier nicht treffen, und doch konnte man die Festsetzung eines bestimmten Termins zum Behuf der Testamentifaction nicht umgehen. Man nahm daher bey ihnen ein Alter von 18 Jahren, als den Termin der vollen Pubertät <sup>31)</sup>, an. So belehrt uns Paulus <sup>32)</sup>:

*Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est, anno decimo octavo* <sup>33)</sup>.

Allein der Kaiser Constantius hat sie in einer Constitution an den Präfectus Prætorio Rufinus vom Jahre 352 den zeugungsfähigen, also den übrigen Mündigen gleichgesetzt, so daß sie folglich schon im 14ten Jahre testiren können <sup>34)</sup>. Es ist *L. 5, C. Qui testam. fac. poss.* welche so lautet:

30) S. Smelin a. a. D. S. 609. Not. a.

31) §. 4. *J. de adaption.* (l. 11.)

32) *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. IV. A. §. 2. S. Ditsen Beyträge zur Kunde des R. R. 1. Abh. S. 55.

33) Die Richtigkeit dieser Worte hat gegen die Zweifel des PARTITUS Observation. Lib. XI. cap. 7. ganz klar bewiesen. Ant. SCHÜLTING in *Jurispr. vet. Anteiust. ad h. loc.* PAULI not. 5. pag. 339.

34) S. Henr. SALMUTH in *Commentar. ad Guid. PANCIAOLLI*



Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salva testamentorum observantia. Dat. V. Kal. Mart. Sirmii CONSTANTIO A. V. et CONSTATANTE C. Cons.

§. 1405.

Freiheit des Willens. Irrthum, Betrug, Zwang, Zudringlichkeit bey letzten Willensverordnungen.

Zur Errichtung eines Testaments wird nun auf Seiten des Testirers vorzüglich Freiheit des Willens erfordert. Nihil est enim, sagt Kr. Constantin in einem seiner Edicte<sup>35)</sup>, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremas voluntatis liber sit stylus. Was also die Freiheit des Willens hindert, steht auch der Gültigkeit des Testaments entgegen. Ist daher ein Testament durch Betrug, oder Irrthum, oder Zwang hervorgebracht worden, so ist es in der Regel nichtig<sup>36)</sup>. Denn hier fehlt es an einer *voluntatis nostras iusta sententia*, es ist also so gut, als ob gar kein Testament wäre gemacht worden. Doch ist das Testament nicht

Rer. Memorabil. sive deperditar. Lib. II. Tit. 10. p. 194. (Francof. 1660. 4.) und Ant. SCHULTING e. l. not. 2.

35) L. 1. C. de SS. Ecclis. (l. 2.)

36) L. 1. C. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. (Vl. 34.) L. 20. §. ult. D. h. t. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. Westphal von Testamenten §. 30. Ganß Erbrecht 2. B. Kap. 2. S. 161. f. von Hartig'sch Erbrecht. §. 15. und §. 412. von Bening-Jungenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 454. S. 194. der 3. Aufl.

immer nichtig, es sind daher die einzelnen Fälle näher zu erörtern. Soviel

1) den Irrthum betrifft, so ist nicht jeder Irrthum der Gültigkeit des Testaments schädlich<sup>37)</sup>. Der Irrthum kann sich nämlich auf mancherley Art äussern. Er kann a) die Person des Erben betreffen. Ein solcher Irrthum, sofern er bloß in dem Namen<sup>38)</sup> oder in der Beschreibung liegt, schadet an sich der Gültigkeit des Testaments nicht<sup>39)</sup>, wenn nicht daraus ein unauflösli-

37) S. Hug, DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 21. §. 11 — 16. (Vol. III. pag. 470. sqq.) et Lib. VIII. Cap. 4. (Vol. IV. pag. 353. edit. noviss. Norimb. 1808. 8.) Scip. GENTILIS Tr. de erroribus testamentorum a testatoribus ipsis commissis. (Argento-rati. 1669. 8.) und von Wening-Jungenheim a. a. D. S. 193. f.

38) L. 4. C. de testament. (VI. 23.) Imp. GORDIANUS. Si in nomine vel praenomine, seu cognomine, seu agnomine, testator erraverit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit, error huiusmodi nihil officit veritati. Justinian §. 29. J. de legat. (II. 20.) giebt den Grund an: Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. S. GENTILIS Cap. 1. und Franc. Car. CONRADI Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis vel legatarii commissum. Helmstadii 1736. 4. §. X — XIII. Eben so wenig schadet es, wenn sich der Testator selbst aus Versehen einen falschen Namen gegeben hätte, wenn man nur weiß, Wer es ist? L. ult. C. de heredib. instit. (VI. 24.) S. GENTILIS cit. Tr. Cap. 3.

39) L. 53. pr. D. de condit. et demonstrat. (XXXV. 1.) MARCIANUS libro VI. Institutionum. Falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet, ne-

cher Zweifel entsteht, Wen der Testator gemeint hat <sup>40)</sup>. Aber der error in corpore hominis; wie sich Ulpian <sup>41)</sup> ausdrückt, d. h. wenn ein unrechter Erbe ernannt worden ist, macht immer das Testament ungültig, z. B. der Testator wollte den A. zum Erben einsetzen, und nannte aus Versehen den B. Hier bekommt keiner die Erbschaft. Denn den B. wollte er nicht einsetzen, und den A. hat er nicht eingesetzt. Eben so ist es, wenn der Testator denjenigen, welchen er zum Erben einsetzte, aus Irrthum für seinen Verwandten hielt <sup>42)</sup>, den er sonst nicht ein-

que heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud: et hoc ita iuris civilis ratione, et constitutionibus divorum SEVERI et ANTONINI cautum est. S. DONELLUS Lib. VI. cap. 21. §. 15.

40) L. 62. §. 1. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) aus MODESTINUS libro II. Pandectarum. S. CONRADI Diss. cit. §. XXVI — XXX.

41) L. 9. pr. D. eodem. ULPIANUS libro V. ad Sabinum. Quoptiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. S. DONELLUS Lib. VI. Cap. 21. §. 12.

42) L. 4. C. de heredib. instit. (VI. 24.) Imp. GORDIANUS A. Ulpia. Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem false opinione ductus, suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est: auferendam ei successionem, divorum SEVERI et ANTONINI placitis continetur. Es versteht sich, daß die Worte auferendam ei successionem hier keinesweges soviel sagen, als ob der Fiscus

gesetzt haben würde<sup>43</sup>). Der Irrthum kann b) auch die Beweggründe betreffen. Ein solcher Irrthum macht bey Testamenten immer eine Ungültigkeit, wenn ohne denselben die Disposition unterblieben wäre<sup>44</sup>). Die Erbschaft fällt hier an diejenigen, welche Erben geworden wären, wenn keine andere Erben wären eingesetzt worden. Jedoch müssen die im Testament angeordneten Vermächtnisse bezahlt werden, denn nur die Erbeinsetzung, nicht aber die Legata gründeten sich auf einen Irrthum<sup>45</sup>). Folgende Gesefstellen werden dieses bestätigen.

*L. 14. §. 2. D. de liberis et postum. (XXVIII. 2.)*  
*AFRICANUS libro IV. Quaestionum. Si quis ita*  
*scripserit: ille, quem scio ex me natum non esse,*  
*exheres esto; hanc exheredationem ita nullius mo-*

die Erbschaft einziehen könne, sondern die Erbschaft muß denen herausgegeben werden, an welche sie ohne Testament gefallen seyn würde. *S. L. 5. C. de testament. (VI. 23.)* und *DONELLUS Lib. VI. Cap. 21. §. 14.*

43) Ein Anders ist, wenn der Testator den Erben wissentlich seinen Bruder genannt hätte, der es doch nicht ist, bloß weil er ihn wie seinen Bruder liebte. *L. 58. §. 1. D. de heredib. instit. (XXVIII. 5.)* *QUINTILIAN. Declamat. CCLXXI. S. DONELLUS c. 1. §. 15. Rad. FORNERIUS Rer. Quotidian. Lib. V. cap. 27. (in Th. J. R. Otton. Tom. II. pag. 278.)* und *GENTILIS Cap. I. pag. 7. sq.*

44) *S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 789. HUFELAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1087. von Wening-Jungenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 193. und von Hartisch Erbrecht. §. 412.*

45) *S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XX. Err. 9. und Westphal von Testamenten. §. 29. S. 20.*

menti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset propter eam causam exheredare: probaturque patrem circa causam exheredationis errasse <sup>46</sup>).

*L. 28. D. de inoff. testam.* PAULUS *libro singulari de septemviralibus iudiciis.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, Divus HADRIANUS decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum <sup>47</sup>), quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet <sup>48</sup>).

*L. 92. D. de heredib. instit.* PAULUS *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex primo, seu Decretorum libro secundo* <sup>49</sup>).

46) Die Art ist hier verschieden. Dalsander liest so: quandoquidem elogium pater, cum filium exheredare proposuisset, adiecerit, propter quam eum causam exheredaret: probeturque etc. Ihm ist BECK in seiner Ausgabe des Corp. iur. civ. gefolgt. BAUDOZA liest hingegen: cum elogium paternum filium exheredare proposuisset, et adiecisset, eum propter eam causam exheredare, quia probatur, patrem etc. *Elogium* ist soviel als causa exheredationis, und wird hier pro convictio genommen. S. Jac. CUJACIUS ad African. Tract. IV. ad h. L. und BRISSONIUS de Verb. Sign. voc. *Elogium*.

47) Die Glosse liest adnotandum. Eben so BAUDOZA.

48) Man vergleiche hier den 7. Theil des Commentars §. 551. Not. 98. S. 317. f.

49) Es erhellt aus dieser Inscription, daß die *Imperiales Sententiae*, und die *libri Decretorum* des Paulus nicht

**PACTUMEIUS ANDROSTHENES** *Pactumeiam Magnam*, filiam *Pactumeii Magni* ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. **PACTUMEIO MAGNO** occiso<sup>50</sup>), et rumore perlato, quasi filia quo-

ein und dasselbe Buch, sondern zwey verschiedene Werke gewesen sind, wie besonders Blühme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten §. 19. Not. 30. f. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Band IV. S. 313. f.) gegen Enjaz Observat. II. 26. gezeigt hat.

- 50) Der Kaiser Commodus, wie sein Biograph LAMPRIDIUS Cap. 7. erzählt, hatte nämlich diesen Pactumejus Magnus noch mit 6 andern Consularen hinrichten lassen. Aus Furcht vor dem Tyrannen hielt sich seine Tochter versteckt, und kam erst unter dem Kaiser Severus wieder zum Vorschein. Pactumejus Androsthenes, vielleicht ihr Oheim, hatte sie in seinem Testament zur Universalerin eingesetzt, und ihr ihren Vater substituirt. Da sie nichts von sich hören ließ, so glaubte der Testator, sie wäre auch todt, änderte sein Testament, und setzte den Novius Rufus zum Erben ein. Dieß ist der eigentliche Name dieses Erben, wie aus SPARTIANUS in Severo Cap. 13. erhellet, nicht Nonius, wie einige Ausgaben z. B. Stephanus und Baudoza lesen. Die Pactumeja Magna socht das Testament an, und supplicirte vermuthlich gegen die Sentenz des Praefecti praetorio, weil gegen eine solche Sentenz kein anderes Rechtsmittel Statt hatte, (L. 1. C. de sententiis Praefector. Praet. VII. 49.) an die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla, (Imperatores nostros) und erwirkte daß hier angegebene günstige Decret. Man vergleiche zur Geschichte dieses Gesetzes Guil. PANCIOLOI Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. (Lugdani 1617. 4.) Lib. II. Cap. 62. pag. 243. besonders Em. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 23. und ZEPERNICK Distr. de iudicatis centum-

que eius mortua, mutavit testamentum, NOVIVMQUE RUFUM, heredem instituit, hac praefatione: quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui, NOVIVS RUFVS heres esto. PACTUMEDIA MAGNA supplicavit Imperatores nostros, et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet ohesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit, hereditatem ad MAGNAM pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

#### Soviel hiernächst

2) die Wirkung des Zwangs und Betrugs bey Testamenten anlangt; so sind hierüber die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Ein Theil<sup>51)</sup> behauptet, Zwang und Betrug bewirke nach dem Röm. Recht keine Nichtigkeit des letzten Willens, sondern der Fiscus entziehe dem Erben, als einem Unwürdigen, die

viral. adj. SICCAMA libro de iudicio centumvir. a Se edito pag. 366.

- 51) Jac. CUIACIUS Paratitl. ad Tit. Cod. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. (VI. 34.) Franc. DURENUS Comm. in Tit. eund. Pand. Cap. 3. (Oper. pag. 476. sq.) Guil. MARANUS Paratitl. ad eundem tit. Digestor. XXIX. 6. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIX. Th. 11. Jo. VOLT Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 1. Bern. Henr. REINOLDUS Varior. Cap. VIII. (in Opusc. a JUELERO edit. pag. 86.) Schweppe Röm. Privatrecht. §. 789. Just. Claprotb Abh. von Testamenten und Codicillen §. 56. Nr. 3. S. 223.

Vortheile der unerlaubten Handlung. Sie berufen sich auf die Verordnung des Kaisers Alexander, nämlich L. 1. C. *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (VI. 34.) welche des Inhalts ist:

Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, scripsit heredes.

Man glaubt ferner von dem Falle, da Jemand den Erblasser gehindert hat, ein Testament zu machen, in welchem nach einer Verordnung des Divus Hadrianus die Erbschaft vom Fiscus eingezogen werden kann<sup>52)</sup>, auf den andern, da ihn Jemand durch Zwang oder Betrug zur Errichtung eines Testaments vermocht hat, darum mit Grund schließen zu können, weil in der Rubrik des Titels *si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit*, sowohl in den Pandecten als im Codex, beyde Fälle ausdrücklich mit einander verbunden werden. Allein diese Meinung läßt sich aus den angeführten Gründen nicht rechtfertigen. Denn Erstens sagt die angeführte Verordnung des Kaisers Alexander kein Wort davon, daß die Erbschaft an den Fiscus verfallen solle. Der gegen den Testator verübte Zwang ist allerdings ein crimen, welches die lex Julia oder Cornelia ahndet, und es ist billig, daß dem in dem erzwungenen Testament eingesetzten Erben, als einem Unwürdigen, die Erbschaft entzogen werde, welche er auf eine so widerrechtliche Art an sich zu bringen gesucht hat. Allein deswegen hat der Fiscus kein Recht, dieselbe einzuziehen. Die Strafe würde ja sonst die unschuldigen Erben tref-

<sup>52)</sup> L. 1. D. *Si quis aliquem test. prohib.* (XXIX. 6.)



fen, denen die Erbschaft durch das erzwungene Testament hat entrissen werden wollen. Wer kann diesen zumuthen eine vielleicht vergebliche, und noch dazu so gehässige und beschränkte Klage, wie die *actio de dolo* ist, welche man ihnen gestatten will, oder eine so unsichere Klage, als die *actio in factum* ist, auf das Interesse, dessen Beweis ohnehin mit so viel Schwierigkeiten verbunden ist, wider denjenigen anzustellen, der sie durch Betrug oder Zwang gegen den Erblasser um die ihnen mit Recht gehörige Erbschaft gebracht hat? Wozu eine Interessenklage, wo die Forderung selbst noch Statt finden kann? Es folgt hiernächst Zweytens gar nicht nothwendig, daß wenn die Erbschaft dem Erben, als einem Unwürdigen, entrissen wird, der *Fiscus* eintreten müsse. Ein Anders lehrt selbst Justinian in der besonders hier entscheidenden *L. un. §. 12. Cod. de caducis tollendis* (VI. 51.) wenn er daselbst sagt:

*Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fisco, sive in alias personas perveniant.*

Diese *aliae personae* sind offenbar keine andern, als diejenigen, welche die Erbschaft bekommen haben würden, wenn der Erblasser nicht durch Betrug oder Zwang zur Errichtung eines Testaments wäre veranlaßt worden. Dann ist auch Drittens der Schluß, weil der *Fiscus* die Erbschaft einzieht, wenn Jemand den Erblasser verhindert hat, ein Testament zu machen, oder zu ändern, so müsse er auch dieses Recht haben, wenn Jemand denselben zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat, ist ganz unrichtig. Denn eines Theils

sagen es die Gesetze selbst, es solle, wo es bona ereptitia gilt, keine ausdehnende Erklärung Statt finden, und man begehe kein Verbrechen, wenn man geradezu gegen den Fiscus spricht. Non puto delinquere eum, sagt Modestinus libro singulari de praescriptionibus<sup>53</sup>), qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit; andern Theils ist aber auch der Fall; wo die Gesetze dem Fiscus die Erbschaft zusprechen, von dem unsrigen ganz verschieden. Denn in jenem Falle, da der Erblasser an der Errichtung eines Testaments gehindert worden ist; weiß man ja nicht, Wen der Testator hat zum Erben einsetzen wollen, denn wollte der Erblasser ein Testament machen, so sollte entweder die Intestaterbfolge nicht eintreten, oder das vorige Testament sollte nicht mehr gelten. Es ist also nun völlig ungewiß, Wer eigentlich sein Erbe hat werden sollen; daher machen hier die Gesetze den Fiscus zum Erben. Hatte aber der Erblasser gar nicht die Absicht, ein Testament zu machen, so wollte er, daß es entweder bey der gesetzlichen Erbfolge, oder bey dem schon errichteten Testamente verbleiben solle; und den rechtmäßigen, nach dem Willen des Erblassers berufenen, Erben sollte der Fiscus auch die Erbschaft entreißen dürfen? Welche offenbare Ungerechtigkeit! Aus diesen Gründen ist daher jene Meinung schon längst verworfen worden<sup>54</sup>).

53) L. 10. D. de iure fisci. (XLIX. 12.)

54) G. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 5. Christ. Henr. Gottl. KOBUR Commentat. de testamento vi metuve extorto. Lipsiae 1804. 4. 5-7. und Gebr. Dörbered Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 9. Bd. Medit. 459.

Anderer<sup>55)</sup> hingegen halten daß gegen den Willen des Erblassers durch Zwang oder Betrug hervorgebrachte Testament für ipso iure und durchaus nichtig, die Erbschaft könne daher der Fiscus nicht einziehen, sondern sie falle an die Intestaterben, oder an den in einem vorhandenen gültigen Testamente eingesetzten Erben. Noch andere<sup>56)</sup> halten nur die Erbeinsetzung für nichtig, hätte aber der Erblasser dem erzwungenen Testamente noch freywillig Legate hengefügt, so seyen diese an sich nicht ungültig, quia utile per inutile vitari non debet. Von allen diesen weicht Anton Faber<sup>57)</sup> ab, welcher einen Unterschied macht, ob der Betrug oder Zwang bey der Testamentshandlung selbst vorgegangen ist, oder vor der

55) *Utr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2.

*Jo. Ad.* HUBER Diss. de testamento coacto. *Tubingae* 1682. 4. Th. XXIX. sqq. *Sam. de COCCERJI* iur. civ. controv. Tom. II. Tit. Si quis aliquem testari prohib. vel coeg. Qu. I. et II. *Jo. Ortow.* WESTENBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. *Jo. Gottl.* HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. ibid. P. V. §. 114. Ernst Christ. Westphal von Testamenten §. 30. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 18. *Jo. Ern. Jast.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leysorum*. Tom. IV. Obs. 578. nr. II. pag. 76. von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch §. 454. S. 192. u. a.

56) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. V. Def. 9. et 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 7. 8. et 11. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 9.

57) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXXVIII. Err. 3. 4. et 5.

Errichtung des Testaments. In jenem Falle sey das Testament ipso iure, und also ganz ungültig, nicht aber im lezten Falle, hier werde ihm die Erbschaft, als einem Unwürdigen, vom Fiscus entzissen, und dieser müsse denn auch die Legate prästiren. Uebrigens finde gegen den Fiscus keine Regressklage Statt, wenn etwa die gesetzlichen Erben, die durch das erzwungene Testament um die ihnen gebührende Erbschaft wären gebracht worden, von demjenigen, welcher den Erblasser durch seine unerlaubte Handlung zur Testamentserrichtung vermochte, keine Entschädigung erhalten hätten. Allein der Grund dieser Meinung ist schon von Andern<sup>58)</sup> hinkänglich dargethan worden. Die richtigere Meinung ist unstreitig, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Es ist durch Betrug oder Zwang nur ein Theil des Testaments veranlaßt worden. Hier ist nicht das ganze Testament nichtig, sondern nur der Theil desselben, der durch Betrug oder Zwang hervorgebracht worden ist, wird für nicht geschrieben gehalten, alles Uebrige bleibt gültig<sup>59)</sup>.

*L. 2. §. 7. D. de honor. possess. sec. tabulas. (XXXVII. 11.) ULPIANUS libro XXI. ad Edictum.*  
Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, honorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest, qui heres

58) G. KORNER Diss. cit. de testamento coacto. Th. 31. et 32. Dav. G. Struben rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 78. und Westphal von Testamenten. S. 30.

59) G. HOFACHER Princip. iuris civ. R. Ct. Tom. II. §. 1617. (edit. secund. Tübingae 1800.) u. HÖCK Commentat. cit. §. 9.



einziges Gesetz aufzuweisen, welches dem Fiscus hienin begünstiget. Die Gesetze <sup>62)</sup>, aus denen man argumentirt, gehören offenbar nicht hienher; Sie reden bloß von dem Falle, wenn Jemand den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung seines Testaments verhindert hat, welcher von dem Falle, da der Erblasser zur Errichtung eines Testaments wider seinen Willen genöthiget worden, so gar verschieden ist, daß sich, wie bereits oben gezeigt worden, von jenem auf diesen durchaus kein gültiger Schluß machen läßt. Billig verdient daher die Meinung derjenigen <sup>63)</sup>, den Vorzug, welche in diesen Fällen das Aerescenzrecht eintreten lassen.

Ungestümes Zubringen und unablässiges Bitten, wodurch der Erblasser gegen seinen Willen zur Errichtung eines Testaments bestimmt wurde, werden, besonders bey kranken und reizbaren Personen, einem Zwange gleichgeachtet. Dieses ist wenigstens die gemeine Mei-

62) *L. 1. pr. D. Si quis aliquem testari prohibuer. vel coeg.* ULPIAN. Qui, dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum vel mutare, divus HADRIANUS constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus, fisco locum fore. — *L. 2. C. eadem.* HOPP. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. Eos, qui ne testamentum ordinaritur impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successione compendio removeri, celeberrimi iuris est.

63) KUNZ. Diss. de testamento opaco. Th. KXXIII pag. 46. LENKEN Diss. de honis ereptitis. § 30. und a. PΥΡΑΝΝΟΥ Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 6. Man vergleiche auch meine Eörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 30. S. 213.

nung der Rechtsgelehrten<sup>64)</sup>. Das Gegentheil wollen zwar Fried. Gottl. Zoller<sup>65)</sup>, Carl Ferd. Hommel<sup>66)</sup>, und Adolph Diet. Weber<sup>67)</sup> behaupten. Allein die hier gewöhnlich eintretende Schwierigkeit des Beweises macht die Richtigkeit des Rechtsatzes selbst nicht mankend. Diese Diebstahlungen, Fälschungen, und Schmeicheleyen, sofern sie mit keinen arglistigen Ueberredungen verbunden sind, stehen der Giltigkeit des Testaments nicht im Wege, denn sie heben die Freyheit des Willens nicht auf<sup>68)</sup>. Es gehört hieher die merkwürdige Ver-

64) CARPZOV *Juriapr. for. Part. III. Const. V. Def. 9. Jo. a SANDE Decision. Lib. IV. Tit. 1. Deñ. 11. Nr. II.*

Oper. pag. 141. (edit. Groning. f.) WARHNER *Select.*

Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 408. LEYSER *Meditation. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 8.*

KOKKER *via Diss. Th. XV. et XVI. Westphal von Testamenten. §. 31. Höpfner's Commentar über die*

*Heinecc. Institutionen §. 442. Hufeland Lehrb. des gemeinen oder subsidiar. Civilrechts. 2. Bd. §. 1086. Rot. 2.*

*von Wening Ingenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 194. der 3. Aufl. von Hartisch's Erbrecht.*

§. 412. n. m. a.

65) *Diss. Quaestion. cont. Utrum testamentum importunis sollicitationibus factum valeat? Lipsiae 1768.*

66) *Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 428.*

67) *Zu Höpfner's Commentar §. 442. Rot. 1. und Desselben Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1405. S. 216.*

68) *Hartm. Pistoris Quaestion. iuris. Lib. I. Quaest. 29. Jo. a SANDE u. l. CARPZOV. c. l. Def. 7. LAUTERBACH*

*1777 X Collig. th. pr. Pand. Lib. XXIX. Tit. 67 §. 2. HESLER*

*Con. loccit. Diss. Th. XIII. et Th. XIX. a PURRBOHR Observat. ad Orat. iur. univ. Tom. II. Obs. 10. §. 7. Westphal a. a. D.*

*Koganz's Commentat. §. 4. von Bülow und Hagemann's practische. Erörterungen und allen Quellen der*

Ersetzung der Kaiser: Diocletian und Maximian, welche an den Enchyridion auf folgende Art referirt haben:

*Judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est crimosum.*

So lautet die L. 3. C. *Si quis aliquem testari prohib. vel. coegerit.* Dat. V. Kal. Januar. CC. Cons. 293.

Es mag wohl freylich zuweilen wahr seyn, was Juvenal<sup>69)</sup>, um seinem Freunde, Ursidius Posthumus, das Heyrathen zu verleiden, in folgenden Versen besingt:

*Semper habet lites alternaque iurgia lectus,  
In qua nupta iacet: minimum dormitur in illo.*

Allein dieß ist wohl nicht der sermo maritalis, von dem hier die Kaiser sprechen. Denn durch Zank und Streit würde sich der Mann wohl nicht leicht einen Platz im Testamente seiner erzürnten Gattin verschaffen. Nein, es ist, was Ovidius<sup>70)</sup> empfiehlt, um das weibliche Herz zu gewinnen:

*Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:*

*BLANDA tamen.*

*Maritalis sermo* ist also hier soviel als *blandus sermo*, *blanditiae maritales*, wie auch Cujaz<sup>71)</sup> ganz richtig

Rechtsgelehrsamkeit. Bd. IV. Etört. 27. Schweppe Röm.

Privatrecht. §. 789. HOPFNER Prina. iur. civ. Tom. II.

§. 1618. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. B.

§. 798. Gaus Erbrecht. 2. B. S. 161. f. 2. a.

69) Satyr. VI. v. 267, et 268.

70) Art. amator. Lib. I. v. 469.

71) Comment. in Libr. XV. Respons. Papiniani ad L. ult. D. Si quis aliq. testari prohib. (opp. postum. Tom. I. pag. 581.)



dieser Ausdruck enthält hat. Durch solche eheliche Lieb-  
koscungen und Schmeichelungen die Frau zu gewinnen,  
daß sie zu Gunsten des Mannes testire, oder das zu  
seinem Gunsten gemachte Testament nicht wieder andere,  
ist dem Manne erlaubt, und solche Schmeichelungen und  
Liebkoscungen machen das Testament nicht ungültig, wenn  
nur dem Manne kein Betrug noch Zwang dabei zur  
Last fällt. Dieß sagt auch *Papinian libro XV. Re-  
sponsum* <sup>72)</sup>.

*Virum, qui non per vim, nec dolum, quo mi-  
nus uxor contra eum mutata voluntate codicillos  
faceret, intercesserat, sed, ut fieri assolet, offen-  
sam aegrae mulieris maritali sermone placaverat,  
in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod  
testamento fuerat datum, auferendum.*

Dem maritalen sermo wird hier ausdrücklich vis und  
dolum entgegenesetzt. *Strube n* <sup>73)</sup> tadelt daher mit Recht  
den sonst trefflichen *Crell* <sup>74)</sup>, welcher über die L. 3. D. cit.  
eine eigene Dissertation geschrieben hat, wenn dieser be-  
haupten will, daß unter dem sermo maritalis auch

72) *L. 3. D. Si quis aliquem test. prohib. vel coeg.*  
(XXIX. 6.)

73) *Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 78.*

74) *Christph. Lud. Crenz Observatones ad L. 3. D. si  
quis aliq. test. prohib. de sermone maritali cum uxore  
testamenti. faciendi. causa. Vüemburgae 1739. 4. (in  
Eius Dissertation. et Programm. Fasc. V. nr. XL.)*  
Ihm scheint *Joh. Ehrst. von Quistorp* in den  
Rechtlichen Bemerkungen. 1. B. Nr. IX. S. 68. f. nicht Un-  
recht zu geben.

wohl eine reverentia reverentia begriffen sey; qua maritus intercedit, ne uxor sibi adimat hereditatem; so fogar weit, geht, daß wenn (bes. auch vom Schelten zu Schlägen) gekommen wäre, und die Frau aus Furcht: Der fernere, dergleichen Behandlung zu Gunsten des Mannes: testirt hätte, ein solches Testament doch nicht für ungültig zu halten sey: Sondern nur die Frau nicht unmittelbar bey der Errichtung des Testaments selbst mit Schlägen oder behandelt worden. Denn so weit geht doch gewiß die Ehrfurcht nicht, welche die Gesetze 75) der Frau gegen den Ehemann gebieten, daß sie sich eine solche Behandlung von ihrem Manne nicht gefallen lassen. Der metus reverentia: darf sich nicht auf Drohungen oder Gewalt gründen 76). Es paßt daher nicht hierher, wenn die Gesetze 77) sagen, daß eine Handlung, welche durch einen bloßen metus reverentia: ist veranlaßt worden, für keine unfreywillige zu haben sey. Auch darauf, ob der Zwang vor oder bey der Testamentshandlung verübt worden ist, kommt nichts an. Sondern können auch hier die Basiliken 78) etwas zur Erläuterung und Bestärkung des Gesagten beitragen. In dieser lautet die Stelle folgendermaßen:

75) L. 14. §. 1. in fin. D. Soluto matrim.

76) S. den 4. Tb. dieses Commentars: S. 300, S. 171.

77) L. 23. D. de ritu nups. L. 8. C. de his, quae vi metus causa gesta sunt.

78) Tom. IV. Lib. XXXV. Tit. 4. Const. 4. pag. 780. (edit. Fabroti)

ut cum herodem scriberet, non videtur non compulso.

Der hier gebrauchte Ausdruck, *sermo maritalis*, bestärkt vorzüglich die angenommene Erklärung von *sermo maritalis*, und widerlegt die Crellische. Denn das griechische Verbum *πειθεω* wird verstanden, als Fremden durch Vorstellungen, Tugten, und gute Worte bewegen oder gewinnen <sup>79)</sup>. Es ist nun zwar in beiden Gesetzen bloß vom Manne die Rede, der durch Liebsungen die Frau bestimmt hat; ihn zur Testaments begünstigen, das Rämliche aber würde auch ohne Zweifel gelten, wenn im umgekehrten Falle die Frau durch Schmeicheleyen, wie sie unter Ehegatten gewöhnlich sind, also ohne Arglist, den Mann veranlaßt hätte, zu ihrem Gunsten zu testiren. Denn daß es hier anders seyn sollte, dazu ist kein Grund vorhanden; zumal da argumenta a contrario bekanntlich bey der Erklärung Kaiserlicher Rescripte eben so wenig, als bey den Fragmenten der Pandecten Statt finden, welche aus den *libris Responsorum* eines Römischen Juristen genommen sind <sup>80)</sup>. Warum sollte man auch nicht eben so gut die freundliche Unterredung der Frau mit dem Manne einen *maritalis sermo* nennen können, da Papinian <sup>81)</sup> mit dem Namen *mariti* beyde Ehegatten bezeichnet, und die Kaiser Valerianus und Gallienus <sup>82)</sup> auch der Frau

79) S. Passow griechisch. Handwörterbuch v. *πειθεω*.

80) S. ECKHARDI *Hermeneut. iuris*. Lib. I. §. 521. und meine Einleitung in das Studium des Röm. Rechts. R. §. 10. S. 66.

81) L. 52. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

82) L. 5. C. *de institut. et substitut.* (VI. 25.)

concordanti matrimonium empfahen? Aber: streitig ist es, ob das, was die Gesetze von ehelichen Schwelgereien und Diebstahlen herordnen, auch auf andere Personen angewendet werden könne, welche in keinem ehelichen Verhältnis zu einander stehen? Dieses wollen mehrere Rechtsgelehrten<sup>83)</sup> kühnen. Allein nicht sowohl das eheliche Verhältnis kommt hier in Betrachtung, als vielmehr die Freiheit des Willens: Wird diese durch Lügen und Schmeicheleyen nicht aufgehoben, so ist auch gegen die Gültigkeit des dadurch verlassenen Testaments nichts einzuwenden.<sup>84)</sup>

Uebrigens versteht sich<sup>85)</sup>, daß wenn die Gültigkeit eines Testaments aus dem Grunde bestritten wird, weil das Testament durch Drohungen, Zwang oder arglistige Uebertreibungen, und betrügerische Vertellungen veranlaßt worden sey, der Beweis von dem geführt werden müsse, der dieses behauptet. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen, daher findet hier auch Eidesantrag Statt, der Eid muß nur auf besondere Thatumstände, welche Zwang oder Betrug zu erkennen geben, gerichtet werden<sup>85)</sup>. Da jedoch Zwang und Betrug gemeiniglich in

83) *Bery. Henn. REINOLDUS VARIOR, Cap. 8. (in Opus. a Juglero edit. pag. 84—99.) und Jo. Gothofr. FUNCKLER Diss. de testamento, quod quis blanditiis invitatus condidit, invalido. Lipsiae 1774, 4.*

84) Man vergleiche noch *Sav. STRYK Diss. de inest blanditiarum! Cap. IV. (Francof. ad Viadr. 1692. et Nolum. II. Dissertation. in oct. editar.)*

85) *KONNER Diss. cit. de testam. coactio. Th. XXIV. Jo. JAC. HORNBERG Exerc. Jurid. de licita iurisdictione iudicialis delatione super factis illicitis, et speciatim libertatem testandi impediens, moderat. Ge. Frid.*

Schreinen; vorgehen, und daher der Beweis mit vielen Schwierigkeiten verbunden zu seyn pflegt; so werden hier auch Vermuthungen, und künstliche Beweismittel zugelassen<sup>86</sup>). Ein dergleichen Gewacht wird jedoch dem Beweise beygelegt, der von Erbsatze selbst ausgeht, wenn dieser vor glaubwürdigen Zeugen mit Angabe aller näheren Umstände verfähret hat; daß er zu dem Testamente, welches er errichtet hat; auf eine unerkaupte Art genöthiget worden sey, unter solches nur davor gemacht habe, sich nicht fernerer Mißhandlungen auszusetzen; oder auch dasselbe. (bey Errichtung seines Testaments erklärt hat<sup>87</sup>).

§. 1406.

Kann die Verfügung über den Nachlaß der Bestimmung eines Dritten überlassen, oder in den Willen eines Andern gestellt werden?

Das Wesen des Testaments, ist, daß das testirende Individuum nicht nur selbst wolle, sondern auch bestimmet erkläre, Wer nach seinem Tode sein Erbe seyn solle. Nam testamentum vires per institutionem ha-

DEINLINO def. Altorfi 1739. Jo. Balth. a WERNER Selbet. Observation. fol. Tom. I. Part. I. Obs. 192. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. VI. Sp. CCCLXXV. Medit. 35. et 36. 766. Jac. REINHART Selbet. Observation. ab Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 3.

86) HONACER cit. Obs. Tit. XXX. de finc. HONACER Princ. II. molitorie cit. Tom. II. §. 2649. MALLARCI Princip. iur. Rom. Part. ult. §. 689. und THIBAUD Synode des Pand.

87) ROTH cit. B. 4. 798. E. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.

redum accipit, sagt Papiaston *libro XV. Quæstionum* 88). Der Testator kann also weder den Inhalt des Testaments der Bestimmung eines Dritten überlassen, so daß dieser die zu Honorirenden ernennen soll; denn er würde sich ja seines Willens entäußern, das Testament würde nicht *sue voluntatis sententia*, sondern einer *voluntas aliena* seyn; noch auch die Erbschaft geradezu von eines andern Willkühr abhängig machen, so daß ein Dritter in die von dem Testator geschehene Ernennung des Erben einwilligen soll. Denn auch hier hat der Testator seinen eigenen Willen aufgegeben 89), und daß, was man von jedem Testator erwartet, — die genaueste eigene Ueberlegung und Bestimmung, — geradezu auf die Willkühr eines Dritten gestellt 90). Dieß sind allgemein angenommene Rechts-

88) L. 10. D. de iure codicillor. (XXIX. 7.)

89) S. Gans römisches Erbrecht. 2. B. S. 158. f.

90) S. Schraders Abhandl. In wiefern kann man letztwillige Verfügungen gültig der Bestimmung Anderer überlassen? (In Derselben Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1. Bdch. Nr. III. §. 6. S. 53. und mein Progr. Innocentius III.

P. R. in Cap. XIII. X. de testam. et ult. volunt. iuri civili hanc derogans, *si vis de effectu singulari (extremæ voluntatis in alterius dispositionem commissæ.*

(Erlangae 1784. 4.) Sect. I. (in Opusc. Fasc. I. Nr. II.

pag. 161. sqq.). Der Litteratur wegen sind hier noch zu

bemerkten: Greg. MAJANSII Diss. de voluntate neces-

saria in ultimis dispositionibus; (in Eius Disputation.

iuris civ. Tom. I. Lugd. Batav. 1752. 4. Diss. XXIX.

pag. 438. sqq.). Arent. van MUYDEN Specim. iurid.

inaug. de ultima voluntate collata in arbitrium alterius.

Lugd. Batavor. 1788. und Ge. Steph. WISSAND

Opuscula (Lipsiæ 1782. 8.) Specim. VI. Meditat. 1.

pag. 62. sqq.

Sätze, welche in den Gesetzen als juristische Grundsätze aufgestellt werden. Es gehören hierher folgende Gesetze.

*L. 32. pr. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)*  
*C. Ius libro primo de testamentis ad Edictum Praetoris urbani. Illa institutio: quae Titius voluerat, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permessa est: nam satis constantet Veteres<sup>91)</sup> decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

*L. 68. D. eodem POMPONIUS libro VII. ad Quintum Mucium.* Atquin si quis ita scripserit: *Si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio.*

Unstreitig waren die übrigen Rechtsgelehrten einverstanden. Denn so stellt Ulpian<sup>92)</sup> den Grundsatz auf: *Certum consilium debet esse testantis, und libro V. ad Sabinum*<sup>93)</sup> lehrt er: *Heres institui, nisi ut certus*<sup>94)</sup> *demonstretur, nemo potest.* Eben so *Modestinus libro II. Pandectarum*<sup>95)</sup>: *Quoties*

91) Wer diese Veteres sind, lehrt uns Dittfen in den Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts s. Abhandl. S. 159 ff.  
 Man vergleiche auch meine Opusc. Fasc. I. Nr. II. §. 1. pag. 161, sqq.

92) *Pragm. Tit. XXII. §. 4.* (in *Hroo iure civ. Antejust.* Tom. I. pag. 63.)

93) *L. 9. §. 9. D. de hered. instit.*

94) So lesen, Statt certo, wie die florentinische Lesart lautet, die meisten, als Haloander, Miräus, Merlin, Baudouin, u. a.

95) *L. 62. §. 1. D. eodem.*

non apparet, *quis heres institutus sit*, institutio non valet. Dies ist aber der Fall, wenn die Erbeinsetzung der Willkür eines Dritten überlassen worden ist. Das Nämliche lehrt mit denselben Worten, wie Modestin, auch Paulus <sup>96</sup>). So wie jedoch die Erbeinsetzung von einer Casual-Bedingung abhängig gemacht werden kann, so gilt auch die Erbeinsetzung, wenn die Handlung eines Dritten, welche in derselben Willkür steht, zur Bedingung gemacht worden ist, obwohl es, da die Handlung des Dritten von seiner Willkür abhängt, so gut ist, als ob die Erbeinsetzung selbst auf seinen Willen wäre gestellt worden. Pomponius, *libro VII. ad Quintum Mucium*, <sup>97</sup>) belehrt uns darüber ausführlich, wenn er sagt:

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *Si Titius in Capitolium ascenderit* <sup>98</sup>): quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit, *si Titius voluerit, Sempronius heres est*: non valet institutio. Quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent: quando <sup>99</sup>),

96) *Sentent. receptar. Lib. III. Tit. 4. B. §. 5.* (in Hugo J. C. A. Tom. I. pag. 135.).

97) *L. 68. D. de hered. instit.*

98) Warum gerade dieses Beispiel sowohl bey bedingten Erbeinsetzungen, als Vermächtnissen, von den Römischen Juristen gewöhnlich gewählt worden? beantwortet mein Innocentius III, Sect. I. §. 4. (In *Opus. Fac.* l. pag. 180. sqq.)

99) Statt quando liest Baudoza *quam*.



si verbis tegantur, eandem significationem habeant.<sup>100)</sup> quam haberent expressa: et momentum<sup>1)</sup> aliquod habebunt. Sic enim filii exhereditatio cum eo valet, si quis heres existat: et tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto*: nullius momenti esse exheredationem<sup>2)</sup>.

In dem angeführten Gesetze ist nun zwar nur von der Erbeinsetzung die Rede, allein daß der oben vom Gajus nach der einstimmigen Lehre der Alten aufgestellte Grundsatz: *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet*, allgemein geltend war, und sich also auch auf Vermächtnisse bezog, lehrt uns Herem

100) Bestphal von Testamenten §. 300. meint, bey den Worten: eandem significationem habeant, müsse quamvis ergänzt werden. Haloander liest auch wirklich: licet eandem etc.

1) Statt et momentum hat Haloander momentum tamen. Bestphal hingegen will das et ganz weggelassen haben.

2) Haloander, Miräus, und Bed lesen hier wohl richtiger: nullius momenti sit exhereditatio. Der Sinn dieser letzten Worte ist übrigens der: Wenn gleich die Enterbung anders nicht gilt, als wenn der Erbe die Erbschaft antritt, und diese Antretung von seiner Willkür abhängt; so darf dennoch der Wille des Erben, daß er nämlich die Erbschaft haben wolle, nicht zur ausdrücklichen Bedingung der Enterbung gemacht werden. Die Gründe werden L. 3. §. 1. et 2. D. de liberis et postum. (XXVIII. 2.) angegeben. S. Gregor MAJANSII ad XXX Ictorum omnium fragmenta, quae extant in iur. civ. Corpore Commentar. (Genevae 1764. 4.) Tom. I. pag. 325 sq. und Porrius Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. 1. Nr. LXX. not. f. et g. pag. 460.

nus. *De abstinentia libris II. Differentiarum* 3).

Er sagt: *interdum ad conditionem in testamento*

Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis ommissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit, si alioud ita legatur: *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit*; nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat, et velit efficere, ut *Titio* legatum debeat: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: *Si Maevius voluerit, Titio decem do*, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: *expressa nocent, non expressa non nocent.*

Es ist also nach diesen Gesetzstellen ein großer Unterschied, ob der letzte Wille selbst, nämlich die Erbeinsetzung, oder wer ein Legat erhalten soll, der Willensbestimmung eines Dritten überlassen worden, oder ob bloß die Handlung eines Dritten, wenn sie auch an sich von seiner Willkühr abhängt, zur Bedingung eines letzten Willens gemacht worden ist 4). Nur das Erstere wurde jenem Grundsatz zuwider gehalten, nicht das Letztere. Hiermit scheint nun aber Ulpian gar nicht übereinzustimmen. Nach seiner Aeußerung soll es auf diesen Unterschied nicht ankommen. Er sagt nämlich:

3) *L. 59. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)*

4) Man vergleiche *Jo. van Nieren Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini. IX. libris Differentiar. supersunt. (Lugd. Bat. 1750.) Cap. VIII. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 77. sqq.)* und mein Programm *Innocentius III. etc. Sect. I. §. 4. (in Opusc. Fasc. I. pag. 179. sqq.)*

L. 1. pr. D. de Legat. XXXI. (ex libro IX. ad Sabinum.) In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest. Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an, si voluerit?

Derselbe Ulpian lehrt ferner libro XXI. ad Sabinum, woraus die L. 43. §. 2. D. de legatis XXX. genommen ist:

Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.

Und libro VI. Disputationum wendet er dieses Princip auf eine fideicommissarische Freylassung an. Es heißt nämlich in der daraus genommenen L. 46. §. 2. D. de fideicommissar. libertatib. (XL. 5.)

Sed et si ita adscriptum sit: si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: si Titius Capitolium ascenderit.

Aus diesen Stellen scheint nun klar hervorzugehen, Ulpian halte es für Einerley, ob ein Legat von der reinen Willkühr eines Dritten, oder von einer durch den Willen eines Dritten bedingten Handlung abhängig gemacht werde; oder, um mit Ulpian zu reden, es sey kein Unterschied zwischen dem: Si Titius in Capitolium ascenderit, und dem: Si Titius voluerit. Es muß aber doch allerdings befremden, wenn Ulpian hier einen Satz aufstellt, welcher jenem allgemein angenommenen Rechtsfage so offenbar widerspricht, von dem, wie oben bemerkt wurde, Gajus sagte: Satis constanter Veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa

*per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* Noch mehr muß es ferner auffallen, daß derselbe Ulpian, welcher gar kein Bedenken findet zu behaupten, *legatum in aliena voluntate poni posse*, sich dennoch bey Entscheidung der Frage, ob eine fideicommissa libertas gültig sey, wenn die Bedingung: *Si Seius valuerit*, beygefügt worden? so bedenklich und zweifelnd äussert: *michi videtur posse dici, valere libertatem.* Es muß endlich noch besonders auffallen, daß Modestinus, Ulpian's Schüler <sup>5)</sup>, hier eine von seinem Lehrer so geradezu abweichende Meinung vorträgt, da er ihn doch sonst immer nur, als bestimmdend, mit der größten Achtung citirt <sup>6)</sup>. Und solche offenbare Widersprüche sollten die Verfasser der Pandecten aufgenommen haben? Kein Wunder, wenn man sich seit den ersten Zeiten des zu Bologna wieder belebten Studiums des Röm. Gesetzbuchs bemüht hat, den Ulpian mit Gajus, Pomponius und Modestinus zu vereinigen. Es sey mir erlaubt, die verschiedenen Versuche älterer und neuerer Rechtsgelehrten hier kürzlich zur Uebersicht zusammenzustellen.

Die Glosse zu L. 1. pr. D. de legat. XXXI. ad verb. *Conditio* recensirt die Erklärungen der beyden Glossatoren Johannes Boffianus und Rogerius. Jener erklärt das *in arbitrium alterius conferre legatum* von einem *arbitrium boni viri*, weil davon gleich nachher §. 1. die Rede sey, und *veluti conditio*

5) Ulpian nennt ihn L. 52. §. 20. D. de fartis studio-  
sum suum.

6) G. L. 2. §. 9. L. 4. §. 1. L. 8. §. 9. L. 10. §. 8. L. 12.  
pr. L. 13. §. 2. D. de Excusat.

sey soviel, als in vim conditionis. Nach dieser Ansicht sey nun freylich kein Unterschied, ob man sage: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit* sc. arbitrari. Beydes gelte. Rogerius hingegen versteht die Worte Ulpian's: *Quid enim interest*, ohne Frage, so: *Aliquid enim interest*. Der Sinn sey also der: ein Legat könne nur als eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden. Denn es sey allerdings ein Unterschied, ob man legirt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si voluerit*. Allein beyde Erklärungen verwarf schon Bartolus<sup>7)</sup>, und daß sie den Worten des Gesetzes gar nicht angemessen sind, hat auch Guido Pancirolli<sup>8)</sup> gezeigt. Eben so wenig Beyfall verdient die Erklärung des Magister Vacarius in seinem zum Behuf seiner ärmern Schüler in Oxford verfaßten Auszuge aus dem Codex und den Pandecten<sup>9)</sup>. Dieser versteht in seiner Glosse zur *L. 1. cit.* den Ulpian so, es sey zwar kein Unterschied zwischen den von ihm angeführten Beyspielen *quantum ad figuram conditionis, et suspensionis effectum*, wohl aber *quantum ad vim et potestatem, quia si ascenderit* (sc. Titius), *est in mora* (sc. heres), *et valet legatum, si noluerit, non est in mora, immo statim non valet*<sup>10)</sup>.

7) Ad L. 40. D. de pact. et ad L. 1. D. de legat. II.

8) Thesaur. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. III. Cap. 5.

9) G. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. IV. Bd. Kap. 36. S. 358. ff.

10) G. Wænox Magister Vacarius. (Lipsiae 1820. 8.) pag. 275. nr. 272.

Cujacius <sup>11)</sup>, dem auch Reinhard Bachov <sup>12)</sup>, Andr. Fachindus <sup>13)</sup>, Lud. Charondas <sup>14)</sup>, Jac. Gothofredus <sup>15)</sup>, Arn. Vinnius <sup>16)</sup>, und Hieron. von Droz <sup>17)</sup> gefolgt sind, nimmt an, die Worte: *Si Titius voluerit* könnten auf zweyerley Art erklärt werden, nämlich der Testator habe mit diesen Worten entwedet Alles in den Willen des Titius gestellt, so daß derselbe arbiter et quasi dator legati seyn sollte; dieß sey ungültig, und davon spräche Modestinus in der *L. 52. D. de condition. et dem.* oder es wären diese Worte vom Testator für eine Bedingung genommen worden, so daß sie den Sinn haben: *si forte acciderit aliquando, ut id Titius velit*; und hiet sey das Legat so gültig, als wenn auf die verstellte Art: *si Titius Capitolium ascenderit*, dasselbe in den Willen des Titius wäre gestellt worden. So habe denn Ulpian mit Recht sagen können, es sey kein Unterschied, *si Titius Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, id est, quasi conditio*. Er will daher statt *veluti conditio* lieber *veluti conditionem* lesen. Auf gleiche Weise

11) Observat. Lib. II. cap. 2.

12) Not. ad Treutlerum Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. lit. D. pag. 821.

13) Controv. iur. Lib. V. Cap. 58.

14) Πειδων. seu Verisimil. Lib. I. cap. 21. nr. 11. (in Thes. J. R. Otton. Tom. I. pag. 736.)

15) Comment. in Tit. Pand. de divers. reg. iur. ad L. 195. h. t. pag. 761.

16) Select. iuris Quæstion. Lib. II. Cap. 25.

17) De apicibus iuris div. (Lugd. 1661. f.) Lib. II. Cap. 9. pag. 147. sqq.

sey nun auch die andere Stelle Ulpian's zu verstehen, wo er sage: *legatum in aliena voluntate*, nämlich quasi conditione, *poni posse*. Dieses sage sogar Ulpian in der dritten Stelle, L. 46. §. 2. *D. de fideic. libertat.* ausdrücklich. Zur Unterstützung dieser Meinung fügt Drog<sup>18)</sup> noch hinzu, es komme ja bey Bedingungen alles auf den Willen des Testators an<sup>19)</sup>, dieser könne daher etwas zu einer Bedingung machen, was auch an sich keine sey, z. B. einen dies certus. Der Testator müsse nur seine Absicht deutlich erklären. Die Folge sey nun die, daß Titius noch bey seinem Leben seine Einwilligung erklären müsse. Es komme also hier noch auf das Eintreten einer Thatsache an; stirbt daher Titius, ehe er seine Einwilligung erklärt hat, so gehe das Legat, wie in jedem andern Falle einer nicht eingetretenen Bedingung, zu Grunde. Allein daß dieses wohl nicht der wahre Sinn des Gesetzes seyn könne, ergiebt sich schon selbst aus den Worten: *Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an: si voluerit.* Es ist aber auch ein *legatum conditionatim* conceptum ganz etwas Anderes, als *legatum, veluti conditionem, in alienam voluntatem conferre*, wie auch schon Schrader<sup>20)</sup> sehr gründlich gegen Cujaz erinnert hat.

Hugo Donellus<sup>21)</sup> will dagegen den Ulpian, so

18) Cit. loc. nr. 9. pag. 149.

19) L. 19. pr. *D. de condit. et demonstrat.* L. 12. in fin. *D. de legat.* XXX.

20) S. Desselben angef. Abhandl. S. 63. f.

21) Commentar, de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 5 — 8. (Vol. IV. pag. 438. sqq. edit. noviss. Norimb.)

verstehen: In arbitrarium alterius conferri legatum, *veluti conditio*, potest, heiße: si ita adscriptum fuerit: *si tertius aliquis fuerit arbitratus, si putaverit, si aestimaverit, si utile illi fuerit visum*. Ein solches Legat sey gültig, quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed *quasi viro bono commissum* relictum. Damit nun aber der von Ulpian beygefügte Grund zu dieser Erklärung passe, so erklärt er daß *quid enim interest*, durch *quantum enim interest*, und beweist diesen Sprachgebrauch aus einer Stelle des Terenz <sup>22)</sup>, welcher einmal sagt: *Dii immortales, homini homo quid praestat? Stulto intelligens, quid interest?* Oswald Hilliger <sup>23)</sup>, der hier seinem Donellus, qui hic est eximius, wie er sich ausdrückt, vollkommen be stimmt, sucht den hier dem Ulpian untergelegten Sprachgebrauch noch durch eine Stelle aus Javolenus *libro XIII. Epistolarum* <sup>24)</sup> zu unterstützen, um zu beweisen, daß er selbst den Röm. Juristen gar nicht fremd sey, denn da komme das *quid enim interest?* in derselben Bedeutung vor. Allein daß durch diese Auslegung den Worten, sowohl in der Stelle des Javolenus, als in unserer *L. 1. D. de legat. XXXI.* Gewalt geschehe, hat schon Jos. Fernand. de Retes <sup>25)</sup> erinnert.

22) *Eunuch. Act. II. Sc. II. v. 1. et 2.*

23) Donellus *Enucleat. Lib. VIII. Cap. 15. in Notat. lit. F. pag. 645. et Cap. 32. Notat. lit. P. pag. 741.*

24) *L. 55. D. de condit. et demonstrat.*

25) *Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 8. nr. 5. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 137.)* Vergl. auch Hieron. van ALPHEN *Diss. de Javoleno Prisco. Cap. II. §. 3. in*



Johann Schilter:<sup>26)</sup> war zwar auf dem rechten Wege, wenn er behauptet, es sey keinesweges Ulpian's Meinung, die von allen Rechtsgelehrten angenommene Regel, daß ein Legat nicht in den bloßen Willen eines Dritten gestellt werden könne, aufzuheben, sondern Ulpian habe diese Regel in der *L. 1. pr. de legat. XXXI.* bloß limitirt, nämlich so, daß ein Legat alsdann gültig in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es unter der Bedingung geschehe, daß der Dritte eine in seiner Willkühr stehende Handlung vornehme; z. B. *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit.* Allein er verirrt sich wieder, wenn er nun die folgenden Worte: *Quid enim interest etc.* so versteht, ob es wohl auch in des Dritten Willkühr stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle oder nicht: *Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit,* nämlich ascendere, so werde doch das Legat auf diese Art nicht in die bloße Willkühr des Dritten geradezu gestellt, nur dieses sey ungültig. Allein daß das „*si voluerit*“ nicht auf ascendere bezogen werden könne, sondern vielmehr auf den bloßen Willen eines Dritten gehe, ob der Legatar das Vermächtniß erhalten solle, erhellet aus allen übrigen oben angeführten Gesetzstellen. Eben so wenig kann man ihm beystimmen, wenn er die übrigen Stellen Ulpian's von einem *arbitrio boni viri* verstehen will, denn Ulpian läugnet ja *L. 43. §. 2. D. de legat. XXX.* daß ein Legat in den Willen des Erben gestellt werden könne, da doch derselbe Ulpian ein Vermächtniß, was

*Ger. OBLIGATIONS nov. Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. III. Tom. I. pag. 27.)*

26) *Prax. iuris Rom. Exerc. XXXIX. §. 28 — 32. p. 523. sqq.*

deni. arbitrio heredis, tanquam boni viri, anheingestellt worden ist, ausdrücklich für gültig erklärt.<sup>27)</sup>

Den meisten Beyfall unter den neuern hat jedoch die Erklärung des Joseph Averanius<sup>28)</sup> gefunden. Averani will durchaus keinen Streit zwischen Ulpian und den übrigen Röm. Juristen Statt finden lassen. Sie wären, sagt er, alle einverstanden. Ulpian habe sich nur nicht deutlich genug ausgesprochen. Darum habe sein Schüler, Modestinus, die Meinung seines Lehrers, die ihm am besten bekannt seyn mußte, deutlicher erklärt. Wenn nun Ulpian sagt: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest*; so heiße dieß nichts anders, als ein Legat könne in den Willen eines Andern eben so gestellt werden, wie eine Bedingung eines Andern Willen überlassen werden kann. Eine Bedingung könne nun aber nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend in eines andern Willen gestellt werden. Es könne also auch ein Vermächtniß, wie Modestinus uns ausdrücklich belehrt, nur stillschweigend, nicht aber ausdrücklich in eines Andern Willen gestellt werden. Es sey nun etwas ganz Anderes, das Vermächtniß selbst in eines Andern Willen stellen, als die Bedingung desselben eines Andern Willen überlassen. Beydes habe Ulpian in unserm Fragment unterschieden. Das Legat werde nämlich in den Willen eines Andern gestellt, wenn das Vermächtniß selbst geradezu von dessen Einwilligung abhängig gemacht wird,

27) L. 75. pr. D. de legat. XXX. L. 11. §. 7. D. de legat. XXXII.

28) Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 32. pag. 259. sqq (Lugdani 1751. 4.)

die Bedingung aber, wenn eine Handlung von etwem Andern Willen abhängen soll, wodurch das Legat suspendirt wird, wie z. B. *Lego tibi centum, si Cajus in Capitolium ascenderit*. Hier sey die Bedingung dem Willen des Cajus überlassen worden. Heiße es aber so: *Lego Titio centum, si Caius voluerit*; so sey das Vermächtniß selbst von dem Willen des Cajus abhängig gemacht worden. Es sey also gewiß, daß eine Bedingung nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend eines Andern Willen überlassen werden könne. Das Legat aber könne theils ausdrücklich, theils stillschweigend in den Willen eines Andern gestellt werden. Ausdrücklich, wenn ich sage: *Lego Titio centum, si Caius voluerit*. Stillschweigend auf die Art: *nisi Caius noluerit*, d. h. wenn Cajus nichts dagegen hat, wenn er nicht, sobald er kann, widersprechen wird <sup>29)</sup>; auch so: *cum Cajus voluerit*, wann er will. Denn durch ein solches Legat werde eine Zeit ausgedrückt, und stillschweigend liege darin die Bedingung des Willens <sup>30)</sup>. Nur in jenem Falle

29) Auf solche Art könne ein Vermächtniß sogar der Bestimmung des Erben überlassen werden, quasi conditionale legatum, wie selbst Ulpian lehre *L. 11. §. 5. D. de legat. XXXII.* obwohl dem Willen eines Andern eher ein Legat überlassen werden könne, als dem Willen des Erben, weil keine obligatio in den Willen des Schuldners gestellt werden könne. Dieß habe Ulpian gemeint, wenn er *L. 43. §. 2. D. de legat. XXX.* sage: *Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. L. 8. §. 1. D. de rebus dubiis. L. 8. D. de Obligat. et act. L. 17. L. 108. §. 1. D. de Verb. obligat.*

30) *L. 22. pr. D. Quando dies legator. (XXXVI. 2.)*

sey das Legat ungültig, in diesem aber gültig. Dies sey auch Ulpian's Meinung in den Worten: *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio, potest*, welche er nur etwas zu kurz und dunkel ausgedrückt, Modestinus aber deutlicher erklärt habe. Die übrigen Worte: *Quid enim interest* etc. seyen nun keinesweges so zu verstehen, als ob in rechtlicher Rücksicht kein Unterschied sey, ob dem Vermächtniß die Formel: *si in Capitolium ascenderit*, oder die, *si voluerit*, sey beygefügt worden. Nein, zwischen beyden Fällen sey ein großer Unterschied, auch im Rechte der Forderungen<sup>31)</sup>, so wie im Erbrechte<sup>32)</sup>, und dieses habe auch Ulpian wohl gewußt. Die Worte: *Quid enim interest* etc. müßten also ganz anders verstanden werden. Ulpian habe diese Worte hinzugefügt, um dadurch zu erklären, was er vorher etwas zu dunkel ausgedrückt hatte. Es konnte nämlich Zweifel entstehen, wie eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden könne, so daß sie von einem in die Willkühr eines Andern gestellten Legate selbst unterschieden sey. Zu dem Ende habe er ein Beyspiel von einer solchen Bedingung beygefügt, deren Ereigniß von eines Andern Willkühr abhängt, nämlich *si Titius in Capitolium ascenderit*, dasselbe, was auch Modestinus angeführt hat. Um nun zu zeigen, daß diese Bedingung wirklich in die Willkühr des Titius gestellt worden, sage er, es sey kein Unterschied, ob das Legat mit dem Zusatz: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *Si vo-*

31) L. 8. D. de obligat. et act. L. 46. §. 3. D. de Verb. obligat. L. 27. §. 1. L. 99. §. 1. L. 116. §. 1. D. eodem.

32) L. 68. D. de heredit. instituend.

*luerit*, hinterlassen worden sey. Hiermit wolle er also nur andeuten, daß insofern kein Unterschied zwischen beyden Formeln Statt finde, als es bey der einen sowohl, wie bey der andern, auf den Willen des Titius ankomme. *Nihil interest, sagt Averanius, quoad comprehendendam voluntatem Titii, et efficiendum; ut utraque conditio contineat Titii voluntatem.* In Rücksicht der Gültigkeit des Vermächtnisses sey hingegen zwischen beyden Fällen allerdings ein großer Unterschied. Denn das Legat mit dem Zusatz: *si Titius voluerit*, sey ungültig, weil hier der Wille des Titius zur ausdrücklichen, in dem andern Zusatz aber nur zu einer stillschweigenden Bedingung gemacht worden sey. Daß diesen Unterschied auch selbst Ulpian anerkannt habe, lasse sich aus *L. 46. D. de fideic. libertat.* erkennen. Hier stelle Ulpian, aus besonderer Begünstigung der Freyheit, zuerst gegen die Regel, nach welcher kein Legat in den bloßen Willen des Erben gestellt werden könne, den Satz auf, daß eine *libertas fideicommissaria* davon eine Ausnahme mache. Dann werfe er die Frage auf, ob auf gleiche Weise eine *libertas fideicommissaria* in den Willen eines Andern gestellt werden könne? Hier äussere sich Ulpian zweifelhaft, *mihi videtur posse dici valere libertatem.* Woher diese zweifelnde Fassung seiner Entscheidung? Warum genügte ihm nicht schon die Begünstigung der Freyheit? Warum mußte noch ein anderer Grund zu Hülfe genommen werden, *quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.* Wenn man dieses alles erwäge, so lasse sich wohl daraus mit Grund abnehmen, daß Ulpian bey einem andern Legate ganz anders ent-

schieden haben würde, denn wie hätte er sonst bey dem Vermächtniß der Freyheit einigen Zweifel haben können? Man wird gewiß den Scharfsinn nicht verkennen, mit welchem Averanius diese Erklärung vertheidiget hat, sie ist daher auch von mehreren, besonders von Gregorius Majansius <sup>33)</sup>, Johann van Ripen <sup>34)</sup>, und Ernst Christian Westphal <sup>35)</sup> angenommen worden. Daß die *L. 1. pr. D. de legat. XXXI.* so wie die *L. 43. §. 2. D. de legat. XXX.* aus des Modestinus *L. 52. D. de condition. et demonstrat.* zu erklären sey, wie auch Wend <sup>36)</sup> bey der Glosse des Vacarius zur *L. 1.* bemerkt hat, war gewiß ein richtiger Gedanke des Averanius, er hätte ihn nur richtiger verfolgen sollen, so wäre aller Widerspruch verschwunden. Er gab aber gerade durch seine Ausführung Blößen, welche zu dem Resultat führten, es sey hier ein unvereinbarer Widerstreit zwischen Ulpian und den übrigen Röm. Juristen vorhanden. Was sich gegen Averanius Ansicht mit Grund erinnern läßt, hat schon Herr Obertribunalsrath Schrader <sup>37)</sup> gezeigt. Er selbst hält daher jeden Vereinigungsversuch für vergeblich. Man könne jedoch, sagt

33) Diss. cit. de voluntate necessar. in ultim. dispositionib. §. 15. et 16. (in *Ejus Disputationib. iur. civ.* Tom. I. pag. 445. sqq.)

34) Diss. cit. ad fragmenta ex *Herennii Modestini IX. libris Differentiar. Cap. VIII.* (in *OELRICHS Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 81.)

35) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 331. S. 257. f.

36) Magister Vacarius pag. 275. nr. 272. in fin.

37) Angef. Abhandl. §. 8. S. 65. ff.

er, die Frage, wie bey diesem Streite dem Römischen Gesetzbuche gemäß zu entscheiden sey, füglich unbeantwortet lassen, weil das Römische Recht in diesem Puncte durch das Canonische Gesetzbuch abgeändert worden sey. Ulpian's Meinung müßte indessen auf jeden Fall dem Dafürhalten der übrigen Schriftsteller weichen, weil der neueste unter ihnen, Modestinus, sich zu dieser Parthey halte. Es waren aber auch schon ältere Rechtsgelehrte, die hier einen unvereinbaren Widerstreit zwischen den angeführten Pandectenstellen fanden, von denen mir Franz Hotoman<sup>38)</sup>, Franz Sarmiento<sup>39)</sup>, Emanuel Acosta<sup>40)</sup>, Anton Merenda<sup>41)</sup>, und Christ. Thomasius<sup>42)</sup> bekannt sind. Unter den neuern Rechtsgelehrten stimmte Anfangs Herr Geh. Rath Thibaut der Schraderischen Meinung bey<sup>43)</sup>. Er hat aber seine Meinung wieder geändert<sup>44)</sup>.

Unsere neuesten Rechtsgelehrten nehmen überhaupt keinen Dissens an. Neustettel<sup>45)</sup> hat diese Contro-

38) Respons. amicabil. Lib. I. cap. 5.

39) Selectar. Interpret. Lib. II. Cap. 6. nr. 29. et Lib. VIII. Cap. 2.

40) Select. Interpretat. Lib. I. cap. 21.

41) Controversiar. juris Tom. II. Lib. XI. Cap. 38. pag. 58. sqq. (Bruxellis 1745. fol. maj.)

42) Diss. de captatoris institutionibus. (Halas 1696.) §. VI.

43) Syst. des Pandectenrechts. 2. Bd. §. 800. der 4ten Ausgabe. Jena 1814.

44) S. die neueste Ausgabe. Jena 1828. §. 800.

45) Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate, in dem Archiv für die civilist. Praxis 3. Band Nr. VII. S. 94

verse zuerst wieder zur Sprache gebracht, sie aber auf eine Art bezulegen versucht, die den Knoten nicht gelöst, sondern noch mehr verwickelt zu haben scheint. Es lasse sich, sagt er, überhaupt schon bey Ulpian, den man vorzugsweise den Practiker unter den römischen Juristen nennen möchte, eine singuläre Meinung nicht leicht annehmen. Wie sehr aber Ulpian mit der gemeinen Meinung übereinstimme, erhelle gerade aus *L. 46. §. 2. D. de fideicom. libertat.* wo er den Satz, daß es vergönnt sey, in alterius arbitrium ein Fideicommiss zu hinterlassen, elegant so einleide, der fremde Wille wäre dann mehr als eine Handlung zu betrachten, (quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.) Dem zu Folge glaubt er nun, daß das *principium* der *L. 1.* nur allein durch den §. 1. dem es voransteht, erklärbar sey. Ulpian wollte nämlich aussprechen, ein arbitrio tutorum dem Mündel hinterlassenes Legat sey weder bedingt noch betagt, da, wenn von einem Ermessen im Testament geredet werde, darunter billiges Ermessen zu verstehen sey, dieses nur den Umfang, nicht den Erwerb des Legats festsetze, und ein tüchtiger Vormund das Quantum sogleich in billiger Berücksichtigung der Größe der Erbmasse bestimme. Um diesen Satz, um den es ihm allein zu thun gewesen, desto mehr hervorzuheben, habe er, als Zweifelsgrund, den Satz vorausgehen lassen, ein legatum in arbitrium alterius collatum sey ein bedingtes Vermächtniß. Es sey hier von keinem ungültigen Vermächtniß die Rede, vergleichen z. B. nach der *L. 52. D. de condit. et demonstr.* ein solches ist: *Maerjo, si Titius voluerit, do lego.* Nein, die vom Ulpian gewählten Beispiele: *Si Ti-*



*tius in Capitolium ascenderit, und si voluerit*, welches Bruchstücke aus einer gewöhnlichen Vermächtnißformel wären, deuteten auf ein gültiges Vermächtniß hin. Denn es verrätht eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, wenn man, wie gewöhnlich das *si voluerit* so verstehe, als stünde: *si Titius voluerit*. Man müsse sich vielmehr hier den Legatar denken, von dessen Willkühr der Erwerb eines Vermächtnisses mit der Wirkung abhängig gemacht werden könne, daß das sonst *ipso iure* angefallene Legat in ein bedingtes verwandelt werde<sup>46)</sup>. Ulpian's Ideengang sey nun ganz einfach dieser.

„Man kann in *arbitrium* einer dritten Person mit der Wirkung einer Bedingung eben so gut ein Legat stellen, als in *arbitrium* des Legatars. Was die aufschiebende Wirkung betrifft, stehen sich beyde Arten von Vermächtnissen vollkommen gleich. Es sey also gleichviel, ob mit der Formel legirt wird: *Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit, do lego*, oder so: *Maevio, si voluerit*, d. i. Beyde Vermächtnisse involviren ein bedingtes Legat, und dennoch sey das Legat *arbitrio tutorum* nicht bedingt.“

Dieser Gang des Raisonnements sey nun so natürlicher, da wegen der Repräsentation der Pupillen durch den Vormund Zweifel habe entstehen können, ob das Legat *arbitrio tutorum*, zu dem von dem Willen eines Dritten, oder dem des Legatars abhängigen, zu zählen sey.

Schwerlich dürfte nun wohl durch diese Interpretation, bey genauerer Prüfung derselben, auch davon

46) L. 65. §. 1. D. de legat. XXX. L. 69. D. de condit. et demonstrat.

abgesehen, daß sie ohnehin auf Neuheit keinen Anspruch machen kann), indem auch schon der große Anton Augustinus 47) das *si voluerit* in der L. 1. von der voluntas legataria erklärte, die Controverse für entschieden gehalten werden können. Denn 1) daß der vom Ulpian L. 1. pr. aufgestellte Grundsatz nur als Zweifelsgrund der in dem folgenden §. 1. enthaltenen Entscheidung sey vorangesetzt worden, streitet gegen den ganzen Zusammenhang, dieser lehrt vielmehr, daß in Folge des vorausgeschickten Prinzips das Legat, wovon im §. 1. die Rede ist, für kein Bedingtes zu halten sey. Sodann aber wird 2) auf guten Glauben angenommen, daß das *si voluerit* auf den Willen des Legatars gehe. Es verräth dieß vielmehr eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, nach welcher die Ausdrücke *in arbitrium alterius*, *in alienam voluntatem*, *in alienum arbitrium*, sich immer auf eine dritte, sowohl von dem Erben, als dem Legatar verschiedene, Person beziehen, wie Johann Robert 48), Hugo Donellus 49), Heinr. Coccej 50), und Carl Fried. Walch 51) schon längst dargethan haben.

47) Emendation. Lib. IV. Cap. 15. in fin. (in Th. J. R. Ottonian. Tom. IV. pag. 15589)

48) Sententiar. Lib. II. cap. 11.

49) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. et §. 8. (Volum. IV. pag. 443. edit. noviss. Norimberg. 1808.)

50) Diss. II. de arbitrio boni viri. (Tom. I. Exercitation. curios. pag. 237.)

51) Diss. de legato heredis in arbitrium collato. (Jenae 1761. 4.) §. IX. pag. 37.

Weit natürlicher ist die Erklärung eines Carl Christoph Hofacker's <sup>52)</sup>, Gottl. Hufeland's <sup>53)</sup>, und Adolph Diet. Weber's <sup>54)</sup>, die auch schon früher Guido Panciroli's <sup>55)</sup>, und Johann Voet's <sup>56)</sup> Ansicht war, wenn sie nämlich den Ausspruch Ulpian's in der L. 1. pr. de legat. II. so verstehen, daß ein Legat in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es nicht an ein bloßes Wollen desselben, sondern an eine willkührliche Handlung des Dritten als Bedingung gebunden ist, obwohl auch die Bedingung von der Willkühr des Dritten abhängt, und in sofern kein Unterschied sey, ob man sagt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit*. Daß aber auch in beyden Fällen gleiche Rechtswirkung eintrete, sage Ulpian nicht. Daß kein Dissens anzunehmen sey, behaupten auch Herr Geh. R. Thibaut <sup>57)</sup>, und H. Prof. Gans <sup>58)</sup>. Nach jenes Meinung soll Ulpian in der L. 1. nur soviel haben sagen wollen, der Satz wäre mit Rücksicht auf die Lehre von Bedingungen nicht eben consequent; letzter aber giebt unserm Ulpian ein falsches Kämpfen gegen einen allgemein angenommenen Rechtsatz, und ein Nichteingehen in seine Bedeutung Schuld.

52) Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1590. et not. d.

53) Lehrb. des gemein. oder subsid. Civilrechts. 2. Bd. §. 1088. u. not. a.

54) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406.

55) Thes. variar. Lection. utriusq. iuris Lib. III. cap. 5.

56) Comment. ad Pand. de legatis §. 36.

57) System des Pand. Rechts. II. Band. §. 800.

58) Röm. Erbrecht 2. Bd. S. 160.

Ich bin nun ebenfalls überzeugt, daß Modestinus von der Meinung seines Lehrers keinesweges abgewichen, und daher zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch anzunehmen sey. Denn auch davon abgesehen, daß man nach der Anweisung Justinian's in seiner Proömial-Constitution *de confirmatione Digestorum* §. 15. *Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit*, überhaupt nicht ohne hinreichenden Grund Widersprüche in den Pandecten annehmen darf, so lange durch Interpretation eine Vereinigung möglich ist, (si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;) so erhellet aus allen Fragmenten des Modestinus, daß er von der Meinung seines Lehrers nie abgewichen sey, sondern sich überall auf seine Auctorität mit der größten Achtung berufe<sup>59)</sup>, ja auch da, wo Ulpian von der Meinung anderer Rechtsgelehrten, eines Julianus, eines Papinianus, abging, giebt er der Meinung seines Lehrers Beyfall<sup>60)</sup>. Und dieser Modestinus sollte also gerade bey der Frage, ob ein Vermächtniß in eines Andern Willkühr gestellt werden könne? von seines Lehrers Meinung abgewichen seyn? Ist denn in der ganzen *L. 52. D. de condition. et demonstrat.* nur ein Wörtchen zu finden, woraus sich dieses auch nur entfernt ahnen ließe? Gewiß nicht. Modestinus will hier

59) S. die Note 6.

60) Man vergleiche z. L. die *L. 53. D. de condit. et demonstrat.* mit *L. 3. §. 9. D. de adim. vel transfer. legat.* (XXXIV, 4.) und besonders *Henr. BRANKMAN de Eurenematicis Diatr. seu in Herennii Modestini libr. sing. περὶ εὐρηματικῶν Comment. Cap. X. §. II. nr. 5 — 9. pag. 207.*

die Wichtigkeit der Rechtsregel: *Expressa nocent, non expressa non nocent*, welche auch im Obligationenrechte <sup>61)</sup>, ja sogar bey den *actus legitimi* <sup>62)</sup>, z. B. bey der Acceptilation, angewendet wurde, auch in Anwendung auf letzte Willensverfügungen zeigen. Sie ist daher als eine allgemeine Regel in den Titel der Pandecten *de diversis regulis iuris* <sup>63)</sup> aufgenommen worden. Wenn jedoch Modestinus sagt „*Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis ommissa tacite intelligi potuissent: nec essent obfutura*“ so deutet dieses *nonnunquam* wohl auf die sonst bekannte Regel hin, nach welcher es heißt: *expressi tacitque eadem vis et potestas est*. Es sind daher die auf jene Regel des Modestinus sich beziehenden Fälle eigentlich nur als Ausnahmen von der eben angegebenen gemeinen Regel zu betrachten, wie auch Jac. Gothofredus <sup>64)</sup> bemerkt hat. Die gemeine Regel geht nämlich nur auf solche Fälle, wo das, was nicht mit Worten ausgedrückt ist, schon aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, und also

61) L. 27. §. 3. D. de pact. L. 6. D. de pact. dotalib. L. 138. §. 1. D. de Verb. obligat. S. Pet. FABRI Comment. ad L. 22. D. de div. reg. iur. pag. 66. Man vergleiche auch die Note 31.

62) L. 77. D. de Regul. iur. L. 43. pr. D. de iure dot. S. Jac. CUIACIUS Praelect. in Tit. Dig. de div. Regg. iur. ad L. 77. cit.

63) L. 195. D. de div. Reg. iur. *Expressa nocent, non expressa non nocent*.

64) Comment. ad L. 195. D. de div. Regul. iuris. S. auch POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Tit. de div. Regg. iur. Nr. XLVI. not. b. pag. 704.

eben so angesehen wird, als ob es mit Worten ausgedrückt wäre <sup>65)</sup>. Die Regel des Modestinus aber geht auf Fälle, wo die Gesetze Etwas, wenn es geradezu mit Worten ausgedrückt ist, nicht gelten lassen, was aber doch gültig ist, wenn es stillschweigend in einer zur Bedingung gemachten Handlung liegt <sup>66)</sup>. Solche Beispiele führt nun hier Modestinus an, und nimmt sie von Vermächtnissen her. Quod evenit, sagt er, si alicui ita legatur: *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit*. Ein solches Vermächtniß ist gültig, ob es gleich in der Willkür des Maevius steht, ob er auf das Capitolium steigen, und dadurch dem Legate Realität verschaffen wolle, oder nicht. Wäre hingegen das Legat ausdrücklich und unmittelbar in die Willkür des Maevius gestellt worden, mit den Worten: *si Maevius voluerit, Titio decem do*, so würde das Legat nicht gültig seyn, obwohl in dem einem Falle, wie in dem andern, das Vermächtniß von der Willkür eines Dritten abhängig gemacht worden ist. Daher das Sprüchwort: *expressa nocent, non expressa non nocent*, oder, wie es Benulejus libro IV. *Stipulationum* <sup>67)</sup> ausdrückt: *Diversa causa est voluntatis expressae, et eius, quae inest*. Dieß und nichts anders hat nun auch wohl Ulpian in der L. 1. sagen wollen, wovon uns hier sein Schüler, Modestinus,

65) L. 3. D. de reb. credit. S. Guil. BARCLAJUS ad tit. Pand. de rebus credit. ad L. 3. cit. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 819.)

66) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 15. § 4. und Jo. a SANDE COMMENT. in tit. Dig. de div. Regg. iuris ad L. 77. h. t. pag. 98. (edit. Bern. SCHOTANI.)

67) L. 158. § 1. D. de Verbor. obligation. (XLV. 1.)

den Aufschluß gegeben hat. Denn wenn Ulpian sagt: *In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest*, so heißt dieß nichts anders, als ein Legat kann in die Willkühr eines Andern gestellt werden, wenn eine äussere Thatsache zur Bedingung gemacht wird, die in der Willkühr desselben steht. Dieß ist z. B. der Fall, wenn mir Etwas unter der Bedingung vermachet wird, *si Titius in Capitolium ascenderit*. Durch dieses Beyspiel wollte also Ulpian das *veluti conditio* deutlicher erklären. Nun wird zwar auch durch eine solche Bedingung das Legat von der Willkühr eines Andern abhängig gemacht, denn ist es nicht im Grunde einerley, ob Etwas unter der Bedingung, *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *si Titius voluerit*, vermachet wird? Allein es darf nicht übersehen werden, was hier aus Modestinus, dem Paraphrasten seines Lehrers, zu ergänzen ist, von Ulpian aber oder von den Compilatoren der Pandecten ist weggelassen worden <sup>68)</sup>, nämlich daß in Rücksicht der Gültigkeit doch viel darauf ankomme, ob das Legat bloß in die Willkühr eines Andern gestellt worden, oder ob eine willkührliche Handlung des Dritten, als Bedingung, dem Willen desselben zur Norm dienen soll. Daß Ulpian auch wirklich nicht anders verstanden seyn wolle, beweisen die Worte „*velut conditio*“ augenscheinlich, die sonst keinen Sinn haben, und ohne alle Bedeutung seyn würden. Daß er aber unter *conditio* eine willkührliche Handlung des Andern versteht, beweist das Beyspiel:

68) Gans in den Scholien zum Gajus S. 345. geht wohl offenbar zu weit, wenn er sagt, es sey von den 3 Büchern der Pandecten *de legatis* gewiß nicht eine einzige Stelle ächt.

*si Titius in Capitolium ascenderit.* Da nun Ulpian sich in Ansehung der Gültigkeit über den Unterschied der angegebenen beyden Fälle nicht bestimmt erklärt hat, so ist der Ausleger, da keine Widersprüche in den Pandecten angenommen werden sollen, allerdings befugt, den Parallelismus zu Hülfe zu nehmen, und die eine dunkle Stelle aus der andern deutlicheren zu erklären<sup>69)</sup>. Denn die Parallelstellen brauchen nicht gerade von demselben Auctor zu seyn, sie können auch von verschiedenen Schriftstellern herrühren, wenn diese zumahl, wie hier, in dem Verhältniß, wie Schüler und Lehrer, zu einander stehen<sup>70)</sup>. Nach dieser Erklärung konnte nun Ulpian §. 1. mit Recht sagen, daß einem Pupillen arbitrio tutorum hinterlassene Legat sey kein bedingtes. Denn eine Bedingung schiebt die Delation des Vermächtnisses bis zu deren Eintritt auf. Haec conditio, sagt Julian libro 1. ad Urseium Ferocem<sup>71)</sup>, *si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est, si cum primum potuerit Capitolium ascendere.* Man muß es also immer darauf ankommen lassen, wenn es Dem, von dessen Handlung die Bedingung abhängig gemacht worden ist, belieben wird, die Handlung vorzunehmen. Dieß ist nun aber bey dem einem Mündel arbitrio tutorum hinterlassenen Legate nicht der Fall, wovon der §. 1. handelt. Denn hier kommt es nicht auf eine außere in der Willkühr der Vormünder stehende Handlung,

69) S. Jo. Lud. CONRADI Observat. iur. civ. Vol. I. (Marburgi 1782.) §. XIV. und ECKHARDT Hermeneut. iuris Lib. I. §. XV.

70) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. S. 69.

71) L. 29. D. de condit. et demonstrat. (XXXV. 1.)



sondern auf ein billiges und pflichtmäßiges Ermessen derselben an, welches keinen Aufschub erfordert. Es ist also durch den Zusatz „*arbitrio tutorum*“ den Vormündern nicht sowohl die Bestimmung über die Prästation, als vielmehr bloß die Bestimmung über die Quantität eines ihren Pupillen zugebachten Legats anheimgestellt, wie man aus den Worten selbst erschen kann, welche so lauten:

*Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae: arbitrio tutorum, neque conditio inest legato; neque mora, quum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio; quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?*

So werden nun auch die übrigen Stellen Ulpian's keine Schwierigkeit finden. Wenn also Ulpian *L. 43. §. 2. D. de legatis XXX.* sagt: *Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest*, so hat Donellus<sup>72)</sup> gründlich erwiesen, daß unter der *aliena voluntas* nicht mit der Glosse *voluntas legatarii* zu verstehen sey, sondern *voluntas extranei*. Es erhellet dieses auch ganz deutlich aus der *L. 52. D. de conditionib. et demonstrat.* Daß nun aber dieses so allgemein gefaßte Fragment, wenn Ulpian nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll, nicht so allgemein verstanden werden könne, wie es lautet, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Es kann daher wohl

72) *Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. Vol. IV. pag. 435. sq. et §. 8. pag. 443. sq. (edit. noviss. Norimberg.)*

anders nicht, als unter der von ihm selbst in der *L. 1. pr. D. de legatis XXXI.* angegebenen Einschränkung verstanden werden, nämlich: *legatum in aliena voluntate voluti conditio, poni potest*, wie auch Franz Conrardus<sup>73)</sup>, Reinhard Bachov<sup>74)</sup>, und Anton Schulting<sup>75)</sup> diese Stelle verstehen. Demzufolge kann also die *L. 43. §. 2. cit.* in Gemäßheit der *L. 1. pr. cit.* nur so verstanden werden, ein Vermächtniß könne in eines Andern Willen gestellt werden, wenn nicht bloß gesagt ist, der Dritte solle wollen, also: *si Titius voluerit*, sondern die Handlung eines Dritten, die in seiner Gewalt steht, zur Bedingung gemacht worden ist, welche seinem Willen zur Norm dienen soll. *Omnis enim scriptor, sibi constare velle existimandus est, ne ea protulisse videatur, quae inter se non cohaerent, et praecitis suis repugnant. Quidquid igitur a praecitis auctoris, alio in loco propositis, alienum est, illud menti eius non convenire videtur, nec temere adeo in interpretatione est admittendum.*

Allein wie hängt nun damit zusammen, wenn Ulpian in unserer Stelle sagt: *in heredis sc. voluntate non potest*. Sollte denn nicht auch eine willkürliche Handlung des Erben zur Bedingung gemacht werden können, von deren Ereigniß das Vermächtniß abhängen soll? Carl Fried. Walch<sup>77)</sup> meint es, und beruft sich auf eine Stelle des Paulus, welcher *libro IV. ad Plautium*<sup>78)</sup> sagt:

*Si ita legetur: heres dare damnas esto, si in*

73) *Commentarior. iuris civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759. (Latetiae 1553. f.)*

74) *Notae ad Treutleram Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. Litt. D. pag. 821.*

75) *Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. V. ad L. 43. cit. pag. 207. (edit. Smalenburg. Lugd. Batav. 1825. 8.)*

76) *Hermeneut iur. Lib. I. §. XIV. pag. 9 (edit. Walchii).*

77) *Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI.*

78) *L. 3. D. de legatis XXXI.*

*Capitolium non ascenderit*, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere.

Allein wo bliebe denn nun der Unterschied, den hier Ulpian zwischen der *aliena voluntas*, und der *voluntas heredis* macht? Das Räthsel mag der große Hugo Donellus<sup>79)</sup> lösen. Er sagt:

„Res sic se habet. In voluntatem alienam *verbis expressa conditione* legatum conferri non potest, sed si verbis tegitur eadem conditio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum legatum videbitur, veluti si testator ita leget: *Titio decem do, si Maevius Capitolium ascenderit*<sup>80)</sup>. At neutro modo legatum in voluntatem heredis utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget: *si heres voluerit*, sive ita: *Titio decem lego, si heres Capitolium ascenderit*, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac conditione, *si debitor velit*, nulla fit obligatio, ubi scilicet nulla ei iniicitur necessitas rei praestandae: quod est proprium obligationis<sup>81)</sup>. Posteriore, quia legatum hac conditione, *si heres Capitolium ascenderit*, poenae causa datum intelligitur. Quod genus legati olim et temporibus ULPIANI non valuit<sup>82)</sup>. Nunc qui-

79) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 9. pag. 444.

80) L. 52. D. de condit. et demonstrat.

81) L. 8. D. de obligat. et action.

82) §. 36. J. de legatis. Dafür kann nun Gajus *Institut. Comment. II. §. 235.* angeführt werden. Da ein legatum poenae nomine relictum im Grunde nichts anders ist, als ein von der Handlung des Erben abhängiges Legat, wie Gans in den Scholien zum Gajus 6. Schol. C. 342. ganz richtig bemerkt, so konnte wohl THEOPHILOS in *Paraphr. Graec. ad §. cit. Institut. pag. 475.* edit. Reitz. auch einen Grund, warum die legata poenae nomine relicta vor Justinian nicht galten, darin setzen, *ὅτι μισοὶ ὁ νόμος τὸ ἀγγάτων τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκειμενον τῶν κληρονομῶν; i. e. quia Lex odit legatum in arbitrium here-*

dem post constitutionem JUSTINIANI<sup>83)</sup> valet, sed ita, ut si in factum heredis constituta sit poena, legatum alia ratione constituatur inutile, quoniam heres cavebit diligenter, ne faciat id, quod est in conditione, et unde pendet legatum.“

Daß dieses wirklich Ulpian's Meinung sey, erhellet daraus, weil dieser Jurist an mehreren Orten ausdrücklich erklärt, daß ein in die Willkühr des Erben gestelltes Legat auf keine andere Art gültig sey, als wenn die Leistung desselben bloß dem billigen und vernünftigen Ermessen des Erben, als eines redlichen Mannes, überlassen worden ist. Es gehören hierher besonders folgende Fragmente, woraus die L. 43. §. 2. erklärt werden muß.

*L. 75. pr. D. de legat. XXX. ULPIAN. libro V. Disputationum.* Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: *si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum putaverit*, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.

*L. 11. §. 7. D. de legatis XXXII. ULPIAN. libro II. Fideicommissorum.* Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur: *si vo-*

*dis positum.* Es ist zwar Theophilus wegen dieses Grundes von mehreren getadelt worden, wie z. B. von Jo. Jac. WISSENBACH *Emblemat. Triboniani. Cap. V. pag. 97.* (edit Heinecc.) *Christfr. WÄCHTLER in Opuscul. pag. 757. in fin.* und GORSCHEN *Observat. iur. Rom. pag. 51. not. c.* Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Grund, den Theibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts 5. Abh. Not. 17. und in seinen civilist. Abhandlungen Nr. IV. S. 54. anführt, viel treffender ist. S. auch Fried. Adolph Schilling *Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. S. 204. Not. 563.* Indessen dient doch das legatum poenae mit zum Beweise, daß auf den Fall, daß der Erbe etwas thue, zur Zeit Ulpian's kein Legat gültig hinterlassen werden konnte.

83) *L. un. C. de his, quae poenae nomine in testam. (VI. 42.)*

tueris, tamen si ita adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum.

L. 46. §. 3. D. de fideicommiss. libertatib. ULPIAN. libro VI. Disputationum. Quodsi ita scriptum sit: si heres voluerit, non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, si ei liberit. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur. Nam et eam libertatem deberi placuit: si tibi videbitur, peto manumittas; ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Nam et ita relictum: si voluntatem meam probaveris, peto deberi, quemadmodum: si te meruerit, quasi virum bonum, vel: si comprobaveris, vel: si non reprobareris, vel: si dignum putaveris.

Nirgendes sagt Ulpian, daß auch eine willkürliche Handlung des Erben zur Bedingung eines Legats gemacht werden könne. Zwar erklärt Ulpian<sup>84)</sup> ein Legat für gültig, welches auf die Art hinterlassen worden ist: nisi heres meus noluerit, und er sagt, es sey quasi conditionale<sup>85)</sup>. Allein eben dadurch giebt ja Ulpian selbst zu, erkennen, daß es kein eigentlich bedingtes Vermächtniß sey. Denn hier hängt nicht die Errichtung des Legats, (denn diese ist unbedingt geschehen) sondern die Aufhebung desselben von einer Bedingung ab, nämlich daß der Erbe bey seinem Leben nicht erkläre, er wolle das Legat nicht prästiren. Stirbt er also, ohne dieses erklärt zu haben, so kann es dem Legatar nun nicht mehr genommen werden, so wie denn auch der Erbe nicht mehr pönitiren kann, wenn er einmal erklärt hat, daß er das Legat

84) L. 11. §. 5. D. de legatis XXXII.

85) PAULUS L. 6. pr. D. Quando dies legator. (XXXVI. 2.) sagt: Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur.

auszahlen wolle.<sup>86)</sup> Allein Paulus<sup>87)</sup> sagt ja doch, daß Legat sey auch gültig, wenn es auf die Art hinterlassen worden: *heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*, wenn es gleich in der Macht des Erben stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle, oder nicht. Die Glosse zu dieser Gesetzstelle sagt, es sey zweifelhaft, ob die Worte: *si in Capitolium non ascenderit*, auf den Erben, oder den Legatar, oder einen Dritten gehen. Erkläre man diese Worte vom Legatar, welches wohl das Sicherste sey, so habe die cautio Muciana Statt, und nun stehe das Gesetz mit der L. 43. in keinem Widerspruche. Auch Gregor. Majansius<sup>88)</sup> glaubt, die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, wäre nicht auf den Erben, sondern auf den Legatar zu beziehen. Andere, z. B. Franz Connanus<sup>89)</sup> und Arnold Binnius<sup>90)</sup> verstehen hingegen die bemerkte Bedingung vom Erben, und meinen gerade hier einen Beweis gefunden zu haben, daß wenn diese Bedingung affirmativ beigefügt worden, das Legat für eben so ungültig zu halten sey, als wenn solches in die bloße Willkühr des Erben wäre gestellt worden. Noch Andere<sup>91)</sup> wollen es endlich für ganz gleichgültig halten, ob die Bedingung affirmativ oder negativ ausgedrückt worden ist. Den Worten nach dürfte nun hier wohl die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, eher auf den Erben, als den Legatar gehen, ja es scheint mir dieses ganz unbezweifelt zu seyn, weil ja von lei-

86) S. Jos. Fernand. de REBUS Opusculor. Cap. IV. ad L. 41. §. 13. de legat. III. nr. 3, et 4. (Tom. VI. Thes. Meerman. pag. 308. sq.) und WALCH Diss. cit. §. XI. pag. 44.

87) L. 3. D. de legat. XXXI.

88) Diss. de voluntate necessar. in ultim. dispositionibus. §. 7. (in EVUS Disputation. iur. civ. Tom. I. pag. 442.)

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759.

90) Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 25. pag. 218. (Franequærae 1690. 4.)

91) Jo. ROBERTUS libr. Sententiar. Receptar. Cap. 10. besonders WALCH Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI. pag. 47.

nem Andern die Rede ist, als von dem Erben. Daß Paulus gerade das Beyspiel von einem legato per damnationem gewählt hat, kann jetzt nicht mehr in Betrachtung kommen, wenn gleich Gajus <sup>92)</sup> sagt: optimum ius est per damnationem legatum. Denn nach dem Neronianischen Senatusconsultum sollte ja jedes Legat in so weit gelten, als es per damnationem gelten könne <sup>93)</sup>. Der Grund, warum gerade das legatum, *si in Capitolium heres non ascenderit*, gültig war, ist vielmehr, wie auch Vinnius <sup>94)</sup> und Walch <sup>95)</sup> bemerkt haben, der nämliche, aus welchem auch das Legat, *nisi heres noluerit*, für gültig gehalten wurde.

Wenn endlich Ulpian noch in der L. 46. §. 2. *D. de fideicommiss. libertatibus* ausdrücklich sagt: Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici valere libertatem; so liegt der Grund dieser Entscheidung in der besondern Beschaffenheit einer libertas fideicommissaria. Denn daß von dieser hier die Rede sey, erhellet nicht nur aus *pr. L. cit.* wo Ulpian sagt: Fideicommissa libertas ita potest dari: *heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas*; sondern eben dieses beweisen auch die Worte: *Stichum liberum esse volo*. Denn das Wort *volo* wurde eben so, wie die Ausdrücke *rogo, mando, fideicommitto*, zu den *verbis precariis* gerechnet, wodurch sich die fideicommissa von den legatis unterscheiden <sup>96)</sup>. Ob nun wohl Justinian den Unterschied zwischen legata und fideicommissa aufgehoben hat, so ist er dennoch in Rücksicht einer durch letzten Willen gegebenen Freiheit unabgeändert geblieben. Eine solche libertas

92) *Comm. II. §. 197.*

93) Ulpian. *Fragm. Tit. XXIV. §. 11.* G. Gans Schoellien zum Gajus. 6. Schol. §. 338. f.

94) *Select. iur. Quaestion. Lib. II. cap. 85. pag. 218.*

95) *Diss. cit. §. XI. pag. 46.*

96) G. §. 3. *J. de singulis reb. per fideicommiss. relict. (II. 24.)* und *L. 2. pr. Cod. Communia de legat. (VI. 43.)*

*per fideicommissum* data war nun aber freylich in mancher Hinsicht mehr begünstiget, als eine *libertas per legatum*, und also *verbis directis relicta* <sup>97)</sup>. Denn bey der letztern machte selbst der sonstige favor libertatis keinen Unterschied. Denn hier war, wie Ulpian nachher §. 3. selbst sagt, das Legat ungültig, *si ita adscriptum sit: si heres voluerit*. Daher sagt Lici-  
nius Rufinus *libro V. Regularum* <sup>98)</sup>: *Libertates etiam per fideicommissum dari possunt, et quidem largius, quam directo*. So wie nun also bey einer *libertas per fideicommissum relicta*, der Zusatz: *si heres voluerit* das Fideicommiß nicht ungültig machte, quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis, sondern so erklärt wurde: *si heredi videbitur* <sup>99)</sup>; eben so ward auch der Zusatz: *si Seius voluerit*, bey einer fideicommissa *libertas*, nicht so, wie sonst bey einem Legate, für ein bloßes Stellen in die Willkühr eines Dritten, sondern eben so für eine Bedingung erklärt, als wenn einem Vermächtniß die sonst gewöhnliche Bedingung: *si Titius Capitolium ascenderit*, wäre beygefügt worden <sup>100)</sup>. Die fideicommissa

97) G. §. 2. *J. de singul. rebus per fideicomm. relict.* L. 29. *D. de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) L. 6. *C. de fideicomm. libertat.* (VII. 4.) ACOSTA Select. Lib. I. Cap. 22. und *Wilh. a Loom Eleutheria, seu de manumiss. servor.* spud Rom. Lib. I. Cap. 4. §. 8.

98) L. 16. *D. de fideicomm. libertat.*

99) G. WALCH Diss. cit. de legato heredis in arbitrium collat. §. X. pag. 41. Ein bloßes Fideicommiß, welches dem Erben mit dem Zusatz auferlegt worden: *si voluerit*, ohne Beziehung auf Libertät, hielt selbst Ulpian für so ungültig, als ein Legat, welches in die bloße Willkühr des Erben gestellt worden ist, wie aus L. 75. *pr. D. de legat.* XXX. und der schon oben angeführten L. 11. §. 7. *D. de legat.* XXXII. erhellet.

100) G. Franc. DUARENUS Comment. in Tit. *D. de condition. institut.* Cap. IV. §. ult. (*Oppert.* pag. 416.) *Jos. Fernand. de REBUS Opusculor.* Lib. IV. ad L. 41. *D. de legat.* III. nr. 5. (*in Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 209.) und *Ant. SCHULTING Notae ad Dig.* 2. Pand. Tom. VI. ad L. 46. *D. de fid. libert.* pag. 281. sq.



libertas machte also hier, so wie in mehreren andern Fällen, allerdings eine Ausnahme von der Regel, und da dieselbe, gegen die von Ulpian selbst aufgestellte Regel, sogar in den Willen des Erben gestellt werden konnte, bey dem doch nicht einmal das Abhängigmachen eines Testats von einer willkürlichen Handlung desselben: *si in Capitolium ascenderit, gale*; so konnte Ulpian um so mehr von der *voluntas heredis*, auf *si Seius voluerit*, schließen; woraus sich denn die Aeußerung: *mihi videtur posse dici*, erklärt.

§. 1406. a.

Sind diese Grundsätze des ältern Rechts durch das Justinianische oder Canonische Recht abgeändert worden?

Aus Allem ergibt sich nun so viel, daß die Römischen Juristen darin einverstanden waren, daß die Erbsetzung weder der Bestimmung noch der Einwilligung eines Dritten überlassen werden könne, sondern dieselbe durch den eignen Willen des Testirers bestimmt und gewiß seyn müsse. Es ist diesen Grundsatz auch schon in dem Verbote des ältern Rechts begriffen, daß man eine *persona incerta* so wenig zum Erben einsetzen, als derselben ein Vermächtniß hinterlassen könne. Eben so war man auch darin einig, daß ein Vermächtniß der bloßen Willkühr des Erben eben so wenig, als es der Willkühr eines Schuldners überlassen werden könne, ob er schuldig seyn wolle, oder nicht. Die Streitfrage betraf also bloß die Vermächtnisse, ob diese in den bloßen Willen dritter Personen gestellt werden können? und hier muß, wie ausgeführt worden, die dunkle und unbestimmte Entscheidung des Ulpianus, durch die deutlichere und bestimmtere Entscheidung des Modestinus ergänzt und aufgeklärt werden. Gelten denn aber diese Grundsätze des ältern Röm. Rechts noch jetzt? Waldh <sup>1)</sup> fand kein Bedenken diese Frage zu bejahen, und beruft sich auf die Auctorität der Practiker. So viel ist gewiß, daß durch die verloren gegangene, und bis jetzt noch nicht vollständig restituirte Constitution des Kaisers Justis-

1) In Diss. cit. §. XVI.

nian de personis incertis<sup>2)</sup>, so weit wir den Inhalt derselben aus den Institutionen<sup>3)</sup> kennen, hierin nichts geändert worden sey, noch Etwas habe geändert werden können, ohne das Wesen des Testaments aufzuheben. Justinian sagt es ja selbst, er habe das ältere Recht nicht ganz aufheben, sondern nur nicht sine iusta emendatione lassen wollen. Dieß ist auch schon längst von Johann Strauch<sup>4)</sup>, Anton Schulting<sup>5)</sup>, Franz Carl Conradi<sup>6)</sup> und Christ. Gotth. Hübner<sup>7)</sup> so klar bewiesen worden, daß darüber gar kein Zweifel mehr entstehen kann. Die Frage ist also nur, ob nicht das Römische Recht in diesem Punkte durch das Canonische Recht sey abgeändert worden? Ich habe aus lebhafter Ueberzeugung die verneinende Meinung in einer eigenen Commentation<sup>8)</sup> zu vertheidigen, und aus der Kirchen- und Rechtsgeschichte des Mittelalters ausführlich darzuthun mich bemüht, daß der Papst Innocenz III. in dem Cap. 13. X. de testamentis (III. 26.) worin es heißt:

Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus,

gar nicht die Absicht gehabt habe, das Römische Recht abzuändern, sondern diese päpstliche Entscheidung sich lediglich auf das gleich im Anfange dieses Textes

2) C. Cod. VI. Tit. 48. und den 29. Th. dieses Commentars. §. 1301. Not. 65. S. 76.

3) §. 27. J. de legatis. (II. 20.)

4) Disp. ad tituli 48. Libri VI. Cod. de personis incertis constitutionem deperditam. (Jenae 1671.) Cap. III. §. 6.

5) Jurisprud. Antejust. ad PAULI Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. B. not. 9. pag. 346. und ad ULPIANI Fragm. Tit. XXII. pag. 634. not. 7.

6) Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine, vel demonstrat. heredis aut legatarii commiss. §. 3. et 4.

7) Diss. ad titulum Digestorum de rebus dubiis, Commentarius, a Christ. Wilh. SCHWEITZER def. Lipsiae 1802. 8. pag. 48. sqq. et pag. 165. sqq.

8) Innocentius III. in cap. 13. X. de testamentis iuri civili haud derogans. Erlangae 1784. Sect. II. Opusc. Fasc. I. pag. 238. sqq.

nach der Baluzischen Ausgabe der Briefe Innocenz III. \*) erwähnte, dem Bischoff von Auxerre de benignitate sedis apostolicae erteilte Privilegium: *quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium libere in eius potestate ac dispositione permaneat*, beziehe. Diese Meinung fand auch bey mehreren Rechtsgelehrten <sup>10)</sup> Beyfall. Allein Herr Obertribunalrath Schrader <sup>11)</sup> hat sie zu widerlegen, und zu zeigen sich bemüht, daß durch jene Verordnung des Canonischen Rechts alle oben angeführten Bestimmungen des Röm. Rechts seyen aufgehoben worden. Ihm sind auch Thibaut <sup>12)</sup>, Schweppe <sup>13)</sup>, von Wenning Jngenheim <sup>14)</sup>, und Mühlenbruch <sup>15)</sup> beygetreten. Allein meiner Meinung haben mehrere <sup>16)</sup> auch noch nach der Schraderischen Widerlegung den Vorzug gegeben. Die nähere Prüfung bleibt dem folgenden Theile vorbehalten.

- 9) Epistolarum Innocentii III. Rom. Pontif. in unum collectar. a Stephan. BALUZIO Parisiis 1682. f. Tom. I. Lib. V. pag. 631. sq.
- 10) *Lud. God. MADIEN* Princip. iuris Rom. de Successionibus. §. CVI. in fin. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 488 Not. 5.
- 11) Abhandlungen aus dem Civilrechte 1. Bdch. S. 71. ff.
- 12) Syst. des Pand. R. 2. B. §. 800.
- 13) Röm. Privatrecht. §. 800. a. E.
- 14) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. §. 454.
- 15) Doctr. Pand. Vol. III. §. 464. not. 7.
- 16) S. Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1406. *Car. Jul. Meno VALBT* Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 1205.

### Berichtigungen und Zusätze.

S. 14. Z. 5. ist L. 3. statt L. 7. zu lesen.

S. 132. Not. 4. ist noch vorzüglich hinzuzufügen Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1829. 8. S. 70 — 73.

S. 417. Not. 26. ist noch eine Hauptschrift anzuführen, die ich leider damals nicht benennen konnte, und welche nun die von mir vertheidigte Meinung ausser allen Zweifel setzt, nämlich D. Friederich Reinfelder der annus civilis des Röm. Rechts. Stuttgart 1829. 8. S. 32 — 59.







